

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

LUCIANA B. SCOTTI**

Resumen: A 140 años de la entrada en vigor de nuestro Código Civil, el presente trabajo procura abordar un tema que Vélez Sarsfield no pudo siquiera imaginar por aquellos años cuando lo elaboró, y que sin embargo, con algunas adaptaciones, nuevas calificaciones, retoques, re interpretaciones, puede ser amparado bajo sus normas. Nos referimos a una cuestión de plena actualidad para el mundo jurídico, como es la contratación internacional celebrada por medios electrónicos, en particular, a través de Internet. En consecuencia, nos aproximaremos a esta delicada temática desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna.

Palabras clave: Contratos internacionales – Derecho Internacional Privado – Código Civil – Medios electrónicos – Internet – Proyectos de reforma.

Abstract: 140 years after the enforcement of our Civil Code, this paper deals with a matter that Vélez Sarsfield couldn't even think of at the time he drafted it – and yet, with some adaptations, new conceptions and interpretations, it can be comprised under its regulations. We refer to a very relevant topic in the current legal field: international electronic contracting, particularly via Internet. Thus, we will approach this delicate matter from the perspective of the domestic Argentinean Private International Law.

Key words: International contracts – Private International Law – Civil Code – Electronic media – Internet – Reform bills.

*Este trabajo sintetiza parte de la investigación y algunas ideas que integran mi tesis doctoral, dirigida por la Dra. Feldstein de Cárdenas, que fuera defendida en julio de 2010 y calificada como Sobresaliente.

**Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho - UBA). Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho - UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

INTRODUCCIÓN

Allá, por 1871, cuando entraba en vigencia nuestro Código Civil, Internet era un espacio no solo inexistente, sino más bien inimaginable

Hoy, a 140 años de ese hito fundamental de nuestro sistema jurídico, emerge un nuevo concepto, noción de sociedad: la Sociedad de la Información, que nos permite estar comunicados con todo el mundo las veinticuatro horas del día, gracias principalmente a Internet, un nuevo instrumento a través del cual se llevan a cabo un sinnúmero de relaciones jurídicas de la más variada índole, despojadas de los límites de espacio y tiempo tradicionales, y entabladas de modo sumamente rápido y con costos mínimos.

Este nuevo modo de comunicación ha transformado la realidad social. Los medios electrónicos y en particular Internet han revolucionado al Derecho, creando nuevos problemas jurídicos de compleja solución. Así, la sociedad de la información, el comercio electrónico y la contratación celebrada por medios electrónicos son temas que ocupan un lugar destacado en el Derecho que se está gestando.

Internet ha erosionado, en los hechos, los límites geográficos. Esta suerte de “desterritorialización”, de “deslocalización” trae como consecuencia la imposibilidad, o al menos la seria dificultad, de los Estados para regular de modo independiente este fenómeno. Algunos autores hablan de la crisis del monopolio del Estado en la reglamentación de las relaciones entre personas de derecho privado como consecuencia de la globalización.¹

Asimismo, las circunstancias descriptas promueven “el cuestionamiento del empleo de una regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal, frente a la que se abre paso la toma en consideración de procesos de creación de normas de base no geográfica con la implicación de los actores relevantes; que contribuye a erosionar en este contexto el alcance de las técnicas localizadoras paradigmáticas del DIPr”.²

En este sentido, no podemos soslayar la opinión de quienes entienden que en Internet la tendencia imperante debe girar hacia la autorregulación, y hacia la solución de controversias al margen de las jurisdicciones nacionales.

Ante ello, los Estados han advertido que una labor coordinada suele ser cuanto menos más eficaz que la acción unilateral de cada uno de ellos por separado. Incluso, en ciertos supuestos, la cooperación interestatal se ha transformado en un imperativo.

1. En este sentido, DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 21 y ss.

2. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, pp. 37-87, párrafo 6.

Así, podemos percibir que aún cuando las legislaciones de fuente interna, de carácter nacional continúan siendo fundamentales; al menos, en algunas áreas, aquellas se ven influidas por tendencias armonizadoras a nivel universal o regional.³

A su turno, no puede obviarse que el contrato que se celebra a través de medios electrónicos, en particular de Internet, es el principal instrumento canalizador del comercio electrónico.

Si bien la celebración de contratos por medios electrónicos no es un fenómeno nuevo, puesto que ya se venía desarrollando entre un restringido número de empresas, entre las que existía conocimiento recíproco y confianza mutua, más allá de un convenio normativo específico, la utilización de Internet como medio para celebrar contratos nos plantea múltiples cuestiones cuya solución no es clara.

En efecto, Internet es una red abierta, no sometida al gobierno de ninguna autoridad central, a diferencia de lo que sucede en las redes de acceso restringido. Por ello, resulta de toda obviedad la necesidad de normas y medidas que brinden certeza y seguridad jurídicas a los contratantes virtuales.

Si a ello, le sumamos el dato de la internacionalidad,⁴ inherente a Internet, la falta de certeza se incrementa, ya que surgen los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado: el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones, del que nosotros nos vamos a ocupar en este trabajo de investigación.

La falta de un marco normativo especial, como sucede en nuestro país, configura un obstáculo central para el desarrollo de este nuevo canal de comercialización, dado que un importante número de transacciones se frustran por la desconfianza de los potenciales usuarios y operadores de la red.

Vale recordar que uno de los ocho objetivos de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas es “velar por que se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular, los de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”. Consideramos, que para ello, es imprescindible la regulación de Internet y en particular de la contratación internacional que se lleva a cabo en este nuevo espacio.

El gran desafío es, entonces, adaptar las legislaciones nacionales, y en particular nuestro Código Civil, a este fenómeno que presenta notas de extrema transnacionalidad, de profunda extraterritorialidad, y alcanzar un nivel adecuado de armonización de las legislaciones en la materia.

3. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, pp. 37-87, párrafo 25.

4. Por ejemplo, en la Argentina la participación de los sitios locales es de solo el 50%, mientras que la otra mitad corresponde a portales del exterior, básicamente sitios web norteamericanos. Cfr: Diario *La Nación*, del 21 de agosto de 2008, disponible en [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1041742,]

IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO JURÍDICO. EL CASO DE INTERNET

Internet ha cambiado la forma de comunicarnos, de negociar, de comprar, de educarnos y de buscar un espacio de recreación.⁵ Pero, ¿qué es Internet?

Internet (inter - red) “constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas redes a otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global”.⁶

Según la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Internet significa “una red de redes de ordenadores, los cuales se encuentran interconectados entre sí por línea de telecomunicaciones, permitiendo de este modo llevar a cabo una serie de actividades. Una lista no exhaustiva de esas actividades podría comprender: grupos de charla, correo electrónico, y sitios sobre temas tan diversos como lo son las actividades humanas *off-line* (*sites* meramente informativos, educacionales y culturales, o comerciales, con una enorme cantidad de actividades y productos)...”.⁷

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha definido a Internet como “una red internacional de computadoras interconectadas, que permite comunicarse entre sí a decenas de millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información en todo el mundo”. Es un “único y totalmente nuevo medio de comunicación humana mundial”. “Cualquiera con acceso a Internet puede aprovechar una gran variedad de comunicación y de métodos de recolección de información”, todos los cuales “constituyen un medio único –conocido por los usuarios como ciberespacio– no instalado en alguna ubicación geográfica especial, pero disponible para cualquiera, en cualquier lugar en el mundo con acceso a Internet”.⁸

De las diferentes definiciones existentes, podemos apreciar los denominadores comunes que nos aproximan a un concepto general pero muy ilustrativo acerca de qué es Internet: “red de redes”, “interconectadas entre sí” que permiten la “comunicación a nivel mundial”.

5. Cfr: SMITH, Bradford L., “The Third Industrial Revolution: law and policy for the Internet”, en *Recueil des Cours* N° 282, Francia, Académie de droit international de La Haye, 2000, p. 247

6. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 27.

7. Cfr: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Electronic Commerce and International Jurisdiction* – Ottawa, 28/2-1/3/00. Preliminary Document N° 12, Agosto de 2000.

8. “Jane Reno, Attorney General of the United States *et al.* appellans vs. American Civil Liberties Union, *et al.*, sentencia del 26 de junio de 1997. Citado por BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 38.

Respecto de la naturaleza jurídica de Internet, para algunos solo constituye un medio de transmisión, de comunicación novedoso, que en consecuencia no representa un cambio sustancial en relación con otros medios tradicionales; para otros, en cambio, Internet es un exponente de transformación social, que conmueve los cimientos clásicos sobre los que se edificaron los ordenamientos jurídicos. Ante estas posiciones antagónicas, surgen dos grupos, tal como afirma Lorenzetti: una posición “ontológica”, según la cual estamos ante un mundo nuevo que demanda un derecho diferente, y la otra, “instrumental”, que traslada sin más las reglas existentes mediante el principio de analogía. Ambas corrientes difieren sustancialmente respecto del problema de la regulación de Internet.⁹

Entre las características de Internet, principales y relevantes en el campo jurídico, destacan: su internacionalidad, descentralización, deslocalización, atemporalidad, virtualidad, accesibilidad universal, interactividad, inmaterialidad o intangibilidad.

En efecto, la mayoría de las operaciones que se realizan en Internet son internacionales, pues se halla presente en ellas uno o más elementos extranjeros. En los hechos, Internet prácticamente hizo desaparecer la distinción entre comercio interno y comercio internacional. Esta internacionalidad se vincula con la incertidumbre acerca de quienes son los órganos competentes, estatales o no estatales, para resolver las controversias que se originan en este nuevo espacio, así como en cuanto a la determinación de la ley aplicable y sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales que se dicten al respecto.¹⁰ Por otro lado, cabe destacar que “bloquear el acceso a los recursos de Internet por países resulta casi imposible. Si bien los ordenadores conectados a la Red poseen una dirección..., esta no se corresponde con una ubicación geográfica sino un lugar dentro de la Red. No se trata de direcciones físicas en el espacio real, sino más bien lógicas dentro del “cyberespacio”. Por ello, las direcciones de Internet son eminentemente transportables y su movimiento permanece en todo sentido oculto para el navegante... La falta de limitación geográfica observada implica que cada vez que alguien coloca información en el Red, la está enviando automáticamente a todo el mundo.”¹¹

También se destaca su masividad y accesibilidad universal ya que Internet es una red abierta: podemos ingresar y salir de la red, pasar del mundo real al virtual, sin esfuerzo y sin siquiera percibirlo, toda la información está disponible para toda

9. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 37.

10. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 85.

11. Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 36-37.

persona y en cualquier país. Desde cualquier lugar del mundo, con una computadora, una línea telefónica y un módem, se puede tener acceso a toda la *web*. Esta difusión masiva del comercio electrónico, en el que participan un número indeterminado y heterogéneo de actores plantea exigencias de seguridad y de tutela de las personas jurídicamente más débiles, como son los consumidores.

Por otro lado, Internet elimina el tiempo y la distancia, y por ende, en el mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad.

Asimismo, el carácter descentralizado de Internet se motiva en que su funcionamiento es consecuencia del empleo, por una gran cantidad de operadores de sistemas informáticos y de redes, de protocolos comunes, es decir, un mismo conjunto de convenciones relativas a la transmisión de datos entre computadoras que permite el intercambio de información digital. Internet desarma la información que maneja en pequeños paquetes de bits que se transmiten según lo permite la capacidad disponible en la red. Cada uno de estos paquetes es etiquetado con la dirección de su destino final. Una vez allí, el ordenador receptor reúne cada paquete con los demás, rearmando el mensaje.¹² Sin embargo, no existe una sola ruta para transmitir esta información de un ordenador a otro, sino que dependerá de diversos elementos circunstanciales, como la densidad de tráfico o la existencia de averías en alguna red u ordenador intermediarios. De allí, la imposibilidad técnica de que un organismo gestione, controle, dirija Internet.¹³ Si bien existen agencias internacionales de gobierno de Internet que establecen estándares y habilitan el sistema para que funcione (*Internet Society*, ICANN, WIPO, entre otros), el acatamiento a sus disposiciones es voluntario, y depende, en definitiva, de la posición adoptada frente a los principios de autogobierno de Internet.¹⁴

Otras características trascendentes de Internet, estrechamente vinculadas con las mencionadas con anterioridad, son la deslocalización y la incorporalidad, que para algunos autores, la convierten en un medio de comunicación totalmente distinto a los ya existentes: prensa, radio, televisión, telecomunicaciones.¹⁵

La deslocalización resulta de los caracteres técnicos de Internet: a) es imposible conocer y predeterminar los recorridos que siguen las informaciones digitales

12. Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 34.

13. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 28.

14. BRENNA, Ramón G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" en ALTMARK, Daniel (dir.) y BIELSA, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2001 p. 38, y disponible en [<http://ecomder.com.ar>]

15. Cfr. DRAETTA, Ugo, "Internet et commerce électronique en droit international des affaires", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 45.

que circulan en la red, b) la localización de quienes operan en Internet es totalmente desconocida, dado, que de hecho, cualquiera puede conectarse desde cualquier lugar del mundo, c) ni siquiera la localización del sitio desde el cual el operador se conecta es conocida, ya que puede haber *mirrors*¹⁶ o sitios con un nombre encriptado; d) la navegación por la red se hace de manera intrínsecamente anónima, es suficiente contar con una dirección electrónica en algún portal de acceso masivo (*Yahoo!*, *Hotmail*, *Google*, entre otros) para comenzar a operar anónimamente en la red; e) el número de destinatarios de mensajes transmitidos vía Internet es prácticamente infinito dado los bajos costos para el acceso a Internet.¹⁷

Efectivamente, una misma persona que se conecta a Internet puede ser encontrada por lo menos en tres lugares al mismo tiempo: en el lugar donde está conectada la computadora utilizada para navegar en Internet; en el lugar donde la computadora ha accedido a Internet y en el territorio virtual llamado “ciberespacio”. Así que, es muy posible encontrar a un internauta en diferentes Estados al mismo tiempo.¹⁸ Toda una paradoja para un Derecho y un ordenamiento jurídico creados para el mundo real.

Por su parte, la intangibilidad o incorporealidad, se vincula evidentemente con la eliminación del soporte papel en el comercio electrónico, que ha generado la elaboración de un nuevo principio aplicable al comercio electrónico: el principio de equivalencia funcional.

En este ámbito aterritorial e inmaterial, entonces, “las nociones de proximidad física y de comunidad geográfica pierden parte de su sentido, habida cuenta de que para ciertas actividades las fronteras físicas (en particular, las geopolíticas) se convierten en irrelevantes, lo que se traduce en el cuestionamiento del empleo de la regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal, frente a la que se abre paso la toma en consideración de procesos de creación de base no geográfica, con la implicación de los actores relevantes, lo que contribuye también a erosionar en este contexto el alcance de las técnicas localizadoras paradigmáticas del DIPr”.¹⁹

En suma y en líneas generales, los problemas jurídicos²⁰ surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre la naturaleza

16. Un *mirror* o espejo de cierto sitio web o archivos digitales, son estos mismos archivos, pero alojados en un servidor diferente.

17. Cfr. DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 46.

18. Cfr. VIBES, Federico P. “¿Qué ley gobierna en Internet?”, en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II, p. 1.386.

19. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, párr. 6.

20. Existen diversas cuestiones de índole jurídica que han sido afectadas sensiblemente con el desarrollo de Internet y del comercio electrónico. La Comisión Europea ha destacado cuatro temas principales:

deslocalizada de Internet y la naturaleza territorial de ciertas normas que se basan en la noción de “lugar” (lugar de celebración de un contrato, lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, lugar del establecimiento de una de las partes, lugar de su domicilio o residencia habitual, lugar de comisión del delito, lugar de producción del daño, etc.). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel.²¹

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL CELEBRADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La contratación celebrada por medios electrónicos disminuye drásticamente los costos de transacción, de búsqueda de contratantes y de celebración; supera las barreras de espacio, tiempo y aún las impuestas por las leyes nacionales. Sin embargo, como desventaja, se han destacado las dificultades que presenta la contratación *on line* respecto de la ejecutabilidad de los acuerdos, circunstancia que aumenta considerablemente los eventuales costos de ejecución. Asimismo, otros problemas jurídicos en torno a este nuevo medio de contratación, de los que la doctrina se ha ocupado, están relacionados con la imputabilidad de la declaración de la voluntad, la distribución de riesgos de la declaración *on line*, la formación del consentimiento, el lugar y tiempo de celebración, entre otros.²²

Pero antes de desentrañar algunas de estas cuestiones, debemos llegar a una calificación, a una noción que nos aproxime a saber qué entendemos por “contratos electrónicos” o “contratación electrónica”.

Tal como afirman José Fernando Márquez y Luis Moisset de Espanés, existe cierto consenso en cuanto a la definición de contrato o contratación electrónica.²³

En efecto, podemos encontrar nociones muy semejantes en la doctrina. Veamos.

De Miguel Asensio entiende que en sentido estricto los contratos electrónicos son aquellos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de

la recaudación del IVA, la propiedad intelectual, la protección de datos personales y los contratos, en especial los de consumo. Ver COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, “Globalization and the Information Society, The need for Strengthened International Co-ordination”, COM (98) 50, pp. 6-8.

21. Cfr. DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 52 y ss.

22. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 165.

23. Cfr. MÁRQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), disponible en [<http://www.acader.unc.edu.ar>], p. 4.

ordenador a ordenador. Mientras que una noción más amplia incluye todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos (ordenadores, fax, telex, teléfono).²⁴

Por su parte, Lorenzetti brinda la siguiente noción: “el contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial... El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se transfiere un bien digitalizado y se paga con “moneda digital”; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero”.²⁵

A su turno, Brizzio entiende que se denomina contratación electrónica, o por medios informáticos, “a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento, o la interpretación de un acuerdo. Desde una óptica amplia, son contratos electrónicos todos los que se celebran por medios electrónicos o telemáticos. Desde una óptica más restringida, se consideran solamente aquellos contratos que se celebran mediante EDI, esto es, la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador”.²⁶

Caffera sostiene que “cuando los medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato, o bien para cumplirlo es que se habla de contrato electrónico”.²⁷

Por su parte, Hocsman, adopta la siguiente definición: “la contratación electrónica es aquella que con independencia de cuál sea su objeto, que puede ser también informático, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores, y la producción, publicidad, venta y distribución de productos se hace a través de las redes de

24. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 311.

25. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 173-174.

26. Cfr. BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 41-42.

27. Cfr. CAFFERA, Gerardo, “Formación del contrato electrónico”, en RIPPE, S., CREIMER, I, DELPIAZZO, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Buenos Aires, Bdef, Julio César Faira Editor, 2003, p. 134.

comunicaciones. Este tipo de contratación incluye las transacciones comerciales por todo tipo de medios electrónicos: fax, télex, teléfono, EDI e Internet”.²⁸

Para Czarny, podemos decir que estamos ante un contrato telemático “cuando el acuerdo de voluntades, al que se refiere el art. 1137 del Código Civil, es manifestado por las partes a través del computador y las telecomunicaciones, utilizados estos en forma combinada”.²⁹

Arias Pou califica al contrato electrónico como aquella modalidad contractual que se caracteriza porque su formación y perfección se produce de modo electrónico u *on line*, es decir, mediante la transmisión de datos a través de redes telemáticas.³⁰

Por su parte, las URGETS, de la CCI (Cámara de Comercio Internacional), aplicables a contratos electrónicos en los que las partes pacten someterse a sus disposiciones, en su artículo 3.1 definen al contrato electrónico como “el acuerdo con fuerza legal concluido a través del intercambio de mensajes electrónicos, concernientes a una o más transacciones comerciales electrónicas, en el cual las partes acuerdan los términos y condiciones del convenio, incluyendo sus derechos y obligaciones”.

Más allá de una conceptualización general de contratación electrónica que abarque las distintas modalidades en que un contrato puede verse influido por la utilización de medios electrónicos, debemos tener presente que existen diversos grados de utilización de estos medios. Lorenzetti ilustra similar afirmación con los siguientes ejemplos: a) es posible que exista un sujeto que curse un pedido de compra por mail, y reciba el producto por correo, en cuyo caso solo la oferta o la declaración utilizan el medio digital para ser transportadas, b) puede ocurrir que el contrato se celebre entre dos computadoras programadas, en cuyo caso el medio electrónico se utiliza para la propia elaboración de la declaración, c) puede suceder que el bien adquirido sea digital, en tal caso el medio abarca también al objeto, d) en algunos casos, el contrato se celebra *on line* y la documentación es escrita y enviada por correo, en otros, dichos documentos se escriben y firman digitalmente, e) hay casos en que los que se contrata en redes abiertas, donde el vínculo es ocasional, y otros que se celebran en redes cerradas, donde hay habitualidad, f) en cuanto al objeto del contrato, hay supuestos en los que la definición legal de un bien es afectada por el medio digital, g) si la comunicación es interactiva, el consentimiento es instantáneo,

28. Cfr. HOCSMAN, Heriberto Simón, *Negocios en Internet (E commerce-Correo electrónico-Forma digital)*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 81.

29. Cfr. CZARNY, Natalio, “Ciberspacio y derecho. (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos telemáticos)”, en *El Derecho* 173-901.

30. Cfr. ARIAS POU, María, *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, La Ley (Temas), 2006, p. 171.

pero en otros casos media un tiempo entre la oferta y la aceptación, lo cual influirá para calificar si el contrato es entre presentes o entre ausentes.³¹

En síntesis podemos adoptar a los fines del presente trabajo la siguiente calificación o definición de contratos electrónicos internacionales o contratación electrónica internacional: *son aquellos acuerdos de voluntades celebrados mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos, que, sea en su conformación, desarrollo o extinción, poseen elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado.*³²

A partir de esta definición, podemos afirmar que técnicamente cabe referirse a contratos internacionales celebrados por medios electrónicos, aún cuando coloquialmente, se hable de contratación electrónica.

Pasemos, ahora, a analizar las normas de nuestro Código Civil que resultarían aplicables al tema que nos ocupa.

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Validez formal

La forma de los actos jurídicos, y en particular de los contratos comprende todas las circunstancias y condiciones que los hacen visibles. En sentido estricto, se pueden diferenciar dos conceptos distintos: uno genérico, como traducción al mundo exterior de la voluntad del sujeto, y otro restringido, como formalidad exigida por la ley para ciertos contratos. En el primer sentido es un elemento estructural del contrato; en cambio, en la segunda acepción se torna formalidad, es decir, se exige una determinada manifestación de la voluntad para producir ciertos efectos.³³

Por su parte, el artículo 973 de nuestro Código Civil define la forma como “... el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”.

31. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 166.

32. Adoptamos la definición de contrato internacional de FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Buenos Aires, Universidad. 2000. p. 343. También puede verse de la misma autora: *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

33. Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Edición Actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 257 y ss.

En materia de contratos electrónicos, debemos tener en cuenta que la forma escrita que suelen prever las legislaciones nacionales o bien que las propias partes estipulan para la celebración de contratos internacionales no se adecua a una de las características de las relaciones que se llevan a cabo en el ciberespacio y en particular, del comercio electrónico, tal como ya vimos: la desmaterialización, prácticamente, la eliminación del soporte papel.

Es por ello que instrumentos modernos como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 han recogido como uno de sus principios fundamentales el de equivalencia funcional. En efecto, el artículo 6 prevé en cuanto al requisito de escritura que: “1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta...”.

A su turno, en lo que concierne a la exigencia de la firma, el artículo 7 dispone: “1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente...”.

Por su parte, la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales adopta también el criterio de la equivalencia funcional en su artículo 9 tanto en relación con el requisito de escritura, firma y conservación en forma original.

Tal como observa Oyarzábal, “lo esencial es que el mensaje de datos cumpla las funciones de un escrito, que satisfaga las razones por las cuales el derecho interno requiere la presentación de un ‘escrito’”.³⁴

Sin embargo, no podemos soslayar que la República Argentina no ha adoptado aún la Ley Modelo, no ha ratificado la Convención, ni cuenta con una normativa análoga. Por lo tanto, actualmente, la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas en las que consten contratos internacionales será analizada y valorada en cada caso por los jueces que resulten competentes a la luz de las normas de fuente interna (nuestro Código Civil), de la que nos ocuparemos a continuación, y de las de origen convencional.

En primer lugar, cabe poner de relieve que en materia contractual en el ámbito interno el principio imperante es la libertad de formas (artículo 974 C.C.).³⁵ En

34. Cfr. OYARZÁBAL, Mario, “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003, p. 4.

35. Actualmente, a diferencia del rígido formalismo de los pueblos primitivos y del propio Derecho Romano, sumamente apegado a las formas, estas se exigen en miras a la prueba del acto, y su publicidad.

razón de ello, en términos generales, la formalización de un contrato a través de medios electrónicos no sería obstáculo para la validez del acto.

Sin embargo, los contratos que excedan de cierta tasa legal deben hacerse por escrito y no pueden probarse por testigos (artículo 1.193 Código Civil). Asimismo, debemos tener presente que la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 exige la forma escrita y una serie de requisitos que debe reunir una venta de cosas muebles (artículos 10 y cc).³⁶

En el Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna en materia de formas rige la célebre regla *locus regit actum*, según la cual las formas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de celebración. En efecto, el artículo 12 del Código Civil expresa: “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”. En consonancia, el artículo 950 del mismo cuerpo legal dispone: “Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren”. Y el artículo 1.180: “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos en que se han concluido”.

Por lo tanto, su omisión no afecta, salvo excepcionalmente, al acto como tal. En efecto, en nuestro derecho, los únicos contratos solemnes (forma *ad solemnitatem* o constitutiva, esencial para la validez del acto) son las convenciones matrimoniales, las donaciones de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias y la transacción de derechos litigiosos. En los demás contratos, la forma se exige *ad probationem*, es decir, como mero medio de prueba y como protección de los derechos de terceros. Cfr: BORDA, Guillermo A, *Manual de Contratos*, Decimoctava edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 90.

36. Artículo 10 de la Ley 24.240.- Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

- a) La descripción y especificación de la cosa;
- b) El nombre y domicilio del vendedor;
- c) El nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o del importador cuando correspondiere;
- d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley;
- e) Los plazos y condiciones de entrega;
- f) El precio y las condiciones de pago.

La redacción debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Un ejemplar debe ser entregado al consumidor. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole de la cosa objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida por esta ley.

Por su parte, el artículo 1181 regula esta materia en el caso de contratos entre ausentes o celebrados a distancia: “La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato”.

Validez sustancial y efectos

La determinación de la ley aplicable a un contrato internacional, y en particular a aquellos celebrados a través de medios electrónicos, es de suma importancia en tanto puede acarrear muy diversas consecuencias. Así, salvo que existan reglas uniformes, es factible que según cuál sea la ley aplicable, la solución varíe: por ejemplo, mientras que para una ley, la mención de un precio en un sitio *web* con la opción de compra del producto puede implicar una oferta, bajo otra ley, tal expresión solo equivaldría a una mera invitación a ofertar.

Cabe aclarar que cuando hablamos de ley aplicable nos podemos referir tanto al derecho aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia; como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido. No dedicaremos ahora al segundo de estos aspectos, siendo que el primero fue tratado en el apartado anterior.

Por otra parte, también, es necesario distinguir en esta materia específica la ley aplicable al acceso y al ejercicio de la actividad o servicio de la información y la ley aplicable a los contratos electrónicos. Precisamente, esta línea sigue la Directiva 31/2000 sobre de la Unión Europea que designa como ley aplicable a la actividad del prestatario del servicio de la información la ley del país de origen, es decir donde aquél tiene su establecimiento. En cambio, la misma norma comunitaria dispone que las partes tienen plena libertad para elegir el derecho aplicable a los contratos, la cual, evidentemente, no será determinada por el principio de la ley de origen.

En efecto, “la determinación de la ley del contrato se lleva a cabo por los tribunales estatales conforme a las normas de D.I.Pr. del foro, lo que provoca que las respuestas concretas puedan variar en función del Estado ante cuyos tribunales se litiga. Esta disparidad de soluciones proyecta una especial incertidumbre respecto de quienes negocian habitualmente a través de Internet”.³⁷

37. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 460 – 461.

De hecho, “los peculiares caracteres de la contratación por Internet hacen que la localización de la relación jurídica en un ordenamiento estatal con base en los criterios de conexión típicamente empleados por las reglas de conflicto en la materia, como el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las obligaciones, el domicilio de algunas de las partes... pueda resultar especialmente inapropiada. La falta de adecuación de esos criterios a un entorno que dificulta su concreción y en el que las fronteras geopolíticas se difuminan, favorece el empleo de criterios de conexión flexibles, basados en el principio de proximidad (geográfica) entre el contrato y un determinado ordenamiento, pero que atribuyen un margen de apreciación al aplicador para tomar en consideración las circunstancias del caso, lo que, por otra parte, va unido a un riesgo de inseguridad jurídica en la medida en que no existan pautas consolidadas para su interpretación en el marco de la contratación electrónica.”³⁸

En este sentido, existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular las desavenencias surgidas por el uso de Internet, una que se decide por la creación de una normativa material específica, ad hoc, que según sus defensores se justifica ante la obsolescencia del derecho tradicional; o la otra, por acudir a las reglas de Derecho Internacional Privado dada su probada eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y así poder solucionar problemas que son los mismos de siempre, que no son nuevos, sino que solamente se presentan con un ropaje tecnológico novedoso.

En el espacio virtual, puede válidamente sostenerse como lo hace M. Burstein³⁹ que “no hay lugar allí en Internet” o bien, como lo dice Herbert Kronke “todos los lugares están en Internet”. El primer jurista ha resuelto indicar en materia de ley aplicable tres orientaciones: una armonización en materia de reglas electivas, de conflicto de leyes, o de una unificación de la ley sustantiva de Internet, o bien, a partir del reconocimiento de Internet como jurisdicción propia, asignarle las disputas a un tribunal internacional de arbitraje de Internet o una corte especial con competencia exclusiva para ellas.

Siguiendo el esquema mencionado, pensamos que en la primera línea podría acordarse un instrumento jurídico internacional articulado en base de normas indirectas, de reglas de conflicto que establezcan puntos de conexión rígidos (como el domicilio, el lugar de ejecución, el lugar de celebración, entre otras) o bien, puntos de conexión flexibles (como el lugar del cumplimiento de la prestación más

38. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 462.

39. En el Coloquio internacional en honor de Michel Pelichet, organizado por el Instituto Molengraff de derecho privado de la Universidad de Utrecht y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado

característica del contrato, o el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato, o del lugar que tenga vínculos más estrechos o relevantes o significativos con el contrato, entre otros). La segunda posibilidad, la creación de una ley sustantiva para Internet, permitiría según sus defensores la adecuación al avance en materia de cultura tecnológica ganando en certidumbre en el gobierno de las relaciones jurídicas que se despliegan *on line*.

Por cierto que la principal dificultad como señala Vinton G. Cerf, es que el problema que aflora a la hora de legislar, es que Internet avanza de manera muy rápida, y cuando se aprueba una ley, la tecnología ya ha cambiado. Por ello, sus cultores han llegado a afirmar que el concepto de soberanía de los Estados debe ser actualizado. De la misma manera que los Estados nacionales establecieron un principio que predominó sobre todas las costumbres locales, hoy la interrelación de los procesos internacionales exige que ciertos valores se construyan también en el ámbito internacional. Esto no significa que la soberanía nacional tenga que desaparecer, pero sí que va a ser definitivamente limitada en una serie de direcciones y como afirma Antonio Martino que ha llegado el momento de pensar seriamente en una estandarización jurídica, algo así como un nuevo derecho, un nuevo *ius gentium*. Dicho en otras palabras, una suerte de *lex mercatoria* desarrollada por los propios ciberusuarios, un “derecho común” generado a partir de los usos, de la práctica generalizada, del consenso acumulado, que ostentaría como principal ventaja una flexibilidad suficiente como para acompañar los incesantes cambios tecnológicos.⁴⁰

Vale precisar que en relación con la validez sustancial de los contratos electrónicos de índole internacional, al igual de lo que sucede en los contratos internacionales en general, se pueden presentar dos situaciones:

- Que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, hayan elegido la ley aplicable al contrato celebrado o;
- Que las partes, por diversos motivos, no hayan hecho tal opción y que por ende deba acudirse a los criterios subsidiarios en la materia, a través de puntos de conexión rígidos como el lugar de celebración o el lugar de ejecución, o de criterios más flexibles en búsqueda del derecho del Estado con el que el contrato tiene vínculos más estrechos (le principe de proximité para los franceses o the proper law of the contract, para el common law). En este punto nos acercamos a la teoría de la prestación más característica, sobre la que volveremos.

40. Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”, *estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, septiembre de 2005.

Autonomía de la voluntad

Debemos recordar que la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual ha sido objeto de al menos dos significados diversos. Por un lado, como fuente original del derecho, independiente de todo orden jurídico preestablecido. Por ende, estaríamos ante un derecho absoluto. Desde otra mirada, se entiende que la voluntad del sujeto es una fuente derivada del derecho, capaz de crear normas jurídicas porque determinado ordenamiento jurídico así lo permite. Entonces, sería un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.⁴¹

En definitiva, “la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable”.⁴²

Se han distinguido dos especies o tipos de la llamada autonomía de la voluntad. Por un lado, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual de las partes). Pero las partes pueden asimismo convenir normas, reglas, para que rijan el contrato (autonomía material de las partes). En este punto, se han diferenciado dos situaciones: “sea que las partes desconecten el contrato del imperio de cualquiera de los derechos positivos del mundo (autonomía universal de las partes o autonomía material de primer grado), sea que las partes combinen normas civiles y comerciales establecidas o admitidas por cualesquiera de los derechos que ellas podrían haber elegido (autonomía material de segundo grado). La autonomía material de segundo grado se basa en la facultad de las partes de declarar aplicables a su contrato fragmentos de los diversos derechos elegibles, por ejemplo a la validez el Derecho del lugar de la celebración, a la ejecución el Derecho del lugar de cumplimiento, etc. En este supuesto, las partes no están obligadas por el Derecho coactivo de cualquiera de los derechos elegibles, porque podrían haber elegido otro que no conociera estas normas coactivas. Pero tampoco las partes se pueden liberar de todas las normas coactivas; ellas están supeditadas al Derecho coactivo común de los derechos elegibles por no poder escapar a este por ningún acto de elección permitido”.⁴³

41. Cfr. UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t. 208, pp. 721-722. Asimismo, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 63-64, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Buenos Aires, Universidad. 2000, p. 346.

42. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol. 12, N° 4, Octubre-Diciembre 1998, p. 17.

43. Cfr. GOLDSCHIMDT, Werner, “Transporte internacional”, en *La Ley* 1980-B, 375.

Por otro lado, según la tesis de Antonio Boggiano, mientras que en la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del derecho privado elegido, haciendo, en cambio, uso de la autonomía de la voluntad material, las partes “además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden también excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él. Tal exclusión solo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio”.⁴⁴ Es decir, siguiendo la tesis del autor, “las normas coactivas de los sistemas de derecho privado son dispositivas en los contratos internacionales. Todas las normas del derecho privado contractual son dispositivas para el D.I.Pr. Esto significa que las partes, en los contratos multinacionales, no están imperativamente sujetas a ninguna norma coactiva de ningún derecho privado del mundo. Es este un punto que debe aparecer claro. Las prohibiciones o mandatos imperativos dispuestos por los derechos privados para casos nacionales no obligan a las partes en sus negocios internacionales”.⁴⁵

Sin embargo, compartimos la idea según la cual el ejercicio de la autonomía conflictual, específica de la contratación internacional supone que las partes seleccionan el ordenamiento estatal aplicable al contrato, mientras que la autonomía material actúa en el ámbito reconocido a las partes, tanto en contratos internos como internacionales, por la ley del contrato, seleccionada por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, o determinada objetivamente por la ley, para regular libremente sus relaciones, siempre que sus pactos no afecten a las normas de ese ordenamiento que no pueden ser derogadas por los contratantes. En consecuencia, la autonomía conflictual, para esta posición que seguimos, está limitada por normas internacionalmente imperativas del foro, mientras que la autonomía material opera solo dentro del marco imperativo ordinario de la ley del contrato.⁴⁶

De aquí en más, nos ocuparemos, entonces, de la autonomía conflictual propia del Derecho Internacional Privado.

Cabe resaltar que cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma electrónica, la principal distinción que cabe tener en cuenta es acerca de la naturaleza de las partes en disputa. Evidentemente no resulta lo mismo una controversia en el comercio B2B que en

44. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 682.

45. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 687-688

46. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol.: 12, N° 4, Octubre-Diciembre 1998, p. 19, nota 51.

el B2C. En el primer caso se puede tratar de partes suficientemente sofisticadas, en cualquier caso empresas que no son “consumidores” (es decir, usuarios finales, sin una finalidad comercial). Ello permite pensar que se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que las legislaciones suelen poseer normas que amparan al consumidor (leyes de defensa del consumidor) y en ocasiones, cuando se trata de arbitraje entre el comerciante electrónico y el consumidor lo sujetan a ciertas condiciones de aceptación muy especiales.

En este sentido, podemos recordar que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la Mesa Redonda sobre comercio electrónico (Ginebra, 1999) recomendó que en relación con las operaciones B2B, la autonomía de la voluntad de las partes continúa siendo el principio rector tanto respecto de la jurisdicción competente como de la ley aplicable. Distinto es el caso de las relaciones B2C. En este sentido, se ha propuesto la implementación de un sistema de certificación de los sitios *web*, que incluiría reglas mínimas de protección de los consumidores, y un sistema de solución de controversias equitativo y de fácil acceso que podría ofrecerse a los consumidores sin ningún costo. Si un sitio obtiene la certificación, podría preverse la aplicación del derecho del país de origen. En caso contrario, resultaría aplicable la ley del lugar del domicilio o residencia del consumidor.

En efecto, podemos sostener que “... La elección de la ley aplicable no debe privar al consumidor internauta de la protección que le acuerdan las leyes imperativas del país de su residencia habitual. Así, una empresa establecida en el extranjero publicita sus productos a través de un sitio web y los vende por Internet a consumidores en Argentina, no podrá excluir las normas de policía del domicilio argentino del consumidor que le garantizan un nivel mínimo de protección. Y viceversa. Si las partes hubiesen querido evadir fraudulentamente ese derecho mediante la autonomía de la voluntad, el contrato no tendrá eficacia en la República (arts. 1207 y 1208, C. Civil)”⁴⁷.

La elección de la ley aplicable elimina, en general, gran parte de las incertidumbres que se pueden plantear en torno a las controversias que pudieren surgir de un contrato celebrado por medios electrónicos. Sin embargo, sería recomendable que todo proveedor de servicios de la información asumiera la responsabilidad que implica dirigir una oferta comercial a personas, especialmente, consumidores y usuarios de diferentes estados.

47. Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA* 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Brasil, Zavalía - Fundação Boiteux, 2006, p. 138.

No obstante, el Código Civil no contiene ninguna norma expresamente consagrada a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el art. 1197 de ese cuerpo legal. En cambio, quienes negaron esta posibilidad se basaron en los Tratados de Montevideo, en especial en la versión de 1940. Sin embargo, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales reconocen este principio con ciertos límites.

En este sentido, Goldschmidt entiende que hay una práctica contractual en Argentina favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión,⁴⁸ recepcionada en convenios celebrados por la Nación y reconocida por la jurisprudencia. Por su parte, Boggiano fundamenta la autonomía conflictual en normas positivas, admitiendo dos alcances: a) con posibilidad de elección restringida a los lugares de real cumplimiento del contrato, con fundamento en los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil, y b) con criterio amplio de elección, aun cuando el derecho elegido no coincida con el lugar de ejecución del contrato, en base a la facultad de prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros que actúen en el extranjero que establece el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dado que para este autor, “la elección de un tribunal implica una elección tácita, pero inequívoca del D.I.Pr. del tribunal elegido, y pudiendo ser elegido el D.I.Pr. –que es lo más–, se puede elegir el derecho privado aplicable, que es lo menos”.⁴⁹

Criterios subsidiarios

En el caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable, el fenómeno de los contratos electrónicos nos despierta mayores inquietudes e interrogantes. En efecto, ¿los criterios clásicos en la materia nos brindan soluciones adecuadas?, ¿o estos deben ser reformulados? Y en tal caso, ¿cuál sería el alcance de tal reformulación?

No podemos desconocer que las tradicionales reglas del Derecho Internacional Privado, las normas de conflicto, determinan tanto la jurisdicción como la ley aplicable a un contrato internacional a partir de un punto de conexión que tendrá en cuenta la localización del contrato. Así, si como en el caso de nuestro país, el legislador ha optado por el lugar de ejecución, no existirán mayores problemas en el caso de que el contrato no se ejecute en línea. En cambio, ello no es tan sencillo cuando

48. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 198.

49. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 678-679.

no solo la celebración, sino también el cumplimiento del contrato se lleva a cabo en el espacio virtual.

Sin embargo, si bien es cierto que las reglas tradicionales no se adaptan totalmente a los nuevos parámetros impuestos por el comercio electrónico, su utilización no debe ser desechada sin más bajo el pretexto de buscar soluciones novedosas brindadas por un nuevo orden normativo.

Es cierto que los clásicos criterios posiblemente deban sufrir correcciones, modificaciones, para adaptarse a las nuevas modalidades de contratación, pero siempre reportarían un grado mucho más elevado de seguridad jurídica a los operadores del comercio internacional con respecto a la *lex informatica*, por los motivos expuestos y las deficiencias de este denominado *CyberLaw*.

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión claramente problemática es la fijación del lugar de su celebración. Por ende, no resulta de toda conveniencia el sujetar el contrato de conformidad con ese criterio atributivo de ley aplicable. El otro criterio posible, el del lugar de ejecución del contrato, es menos problemático, pero cabe preguntarse acerca del lugar del cumplimiento de qué prestación, de qué obligación contractual. Por ello, también aquí han aparecido los criterios de conexión flexibles, tales como sujetar al contrato a la ley del domicilio del prestador más característico del contrato o bien, a la ley del cumplimiento de la prestación más característica del contrato electrónicamente celebrado. Esta última corriente, según hemos observado, es la que cuenta con mayores adeptos.⁵⁰

No obstante tales inconvenientes prácticos, tal como afirma Lorenzetti, “en la mayoría de los casos que presentan conflictos, hay lugar de celebración y cumplimiento fijados. Ello es así porque las partes tienen una conducta orientada al “anclaje en el mundo real”, fijando domicilios inscritos en registros *off line*, aunque también utilicen sus dominios virtuales, y estableciendo lugares de cumplimiento y cláusulas de jurisdicción. El legislador también pone frenos a la “desterritorialización”, estableciendo la obligación del proveedor de servicios de la información de registrarse en un lugar determinado y reglamentando los sistemas de intercambio electrónico para que sean “seguros”, y por lo tanto, controlables según parámetros del derecho común”.⁵¹

Siguiendo al mismo autor, podemos afirmar que si bien el proceso es indefinible y las relaciones virtuales tienden a su propia autonomía, por su misma configuración, lo cual hace que, por lo menos en algunos sectores, el “lugar” va a ser

50. Sobre la prestación más característica puede verse FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000. De la misma autora, “La prestación más característica del contrato o la polémica continúa”, ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7 sobre “Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR”, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.

51. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 199.

virtual, “este proceso no debe escandalizar, puesto que es una evolución hacia la abstracción totalmente controlable: el domicilio de las personas físicas, jurídicas, el lugar de los contratos en las relaciones globales es una cuestión de atribución de efectos jurídicos; lo que interesa verdaderamente es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en él para la celebración o el cumplimiento. En la *web* hay y habrá muchas maneras de cumplir con este requisito... Por esta razón, deviene relevante la noción de lugar como concepto normativo, independizado de la ontología empírica...”⁵²

En lo que respecta al derecho internacional privado de fuente interna, en ausencia de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, debemos recurrir a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 1205, 1209 y 1210, que son normas generales para todo tipo de contrato internacional, sin atender a las particularidades de algunos contratos específicos, como los electrónicos, entre tantos otros.

El artículo 1205 establece: “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, sean juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”. A su turno, el artículo 1209 dispone: “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, sean juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”. Finalmente, el artículo 1210 expresa: “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, sean juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Como se puede observar, existe una aparente contradicción entre el artículo 1205, que somete los contratos a la ley del lugar de celebración, mientras que los artículos 1209 y 1210, los sujetan a la ley del lugar de ejecución. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado a fin de dilucidar tal contradicción. En este sentido, mayoritariamente, se interpreta lo siguiente: si el contrato tiene *ab initio* algún contacto con la República Argentina, rigen los artículos 1209 y 1210, y se aplica la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si el contrato no tiene vinculación con nuestro país, la ley aplicable será la del lugar de celebración del contrato, conforme al artículo 1205 del Código Civil.⁵³ Es decir, debemos distinguir entre contratos con y sin contacto con el derecho argentino. Tendrán tal contacto si fueron celebrados o tienen lugar de cumplimiento en nuestro país. Por ende, si el contrato tiene un contacto argentino, rige la tesis de Savigny: se rige por la ley del

52. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 199.

53. Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 36.

lugar de cumplimiento. En cambio, si no presenta dicho contacto, se regirá por la ley del lugar de celebración, tesis célebre de Story.

Tal como advierte Golschmidt es falso creer que todos los contratos con contacto argentino, se rigen por el derecho argentino, y los que no lo poseen por el derecho extranjero, ya que los primeros se regirán por la ley del lugar de cumplimiento, sea este local, o extranjero.⁵⁴

En suma, “cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacione, aunque sea parcialmente, con el territorio argentino, ya no cabe aplicar la norma del conflicto del art. 1205 del Código Civil –cuyo punto de conexión es el lugar de celebración–, sino la que establecen los arts. 1.209 y 1.210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento”.⁵⁵

En los artículos 1.212 y 1.213, el Código Civil aporta calificaciones autárquicas flexibles del punto de conexión “lugar de cumplimiento”, aun cuando en el caso de los contratos sinalagmáticos, queda abierto el interrogante dado que existen por lo menos dos lugares de cumplimiento. Para estos casos, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia locales, recurren a la teoría de la prestación más característica del contrato.

La determinación de tal prestación no sería mayormente afectada por el empleo de Internet como medio para celebrar la contratación, o para ejecutar sus prestaciones. Así, también cuando los contratos se forman y ejecutan por Internet, la parte que realiza la prestación característica en la compraventa es el vendedor y en los contratos de prestación de servicios, quien los facilita: con carácter general, la prestación característica la realiza quien suministra información a terceros a través de la Red, quien permite la utilización de la información contenida en sus bases de datos, quien cede derechos de explotación de obras protegidas por la propiedad intelectual o quien presta otros servicios relacionados con la sociedad de la información. Sin embargo, la determinación de la prestación característica resulta especialmente difícil o imposible cuando en cumplimiento del contrato las diversas partes deben realizar prestaciones equivalentes y ninguna es propiamente remuneratoria.

En igual inteligencia, afirma Oyarzábal: “La determinación de la prestación relevante o característica para la localización del contrato no se ve afectada por el empleo de la Internet como medio para la celebración del negocio o para la ejecución de las obligaciones de las partes.... La prestación característica la realiza, con carácter general, el contratante que presta servicios o transmite bienes digitales

54. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 7ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 394.

55. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 700.

a través de la Red, es decir: el proveedor de acceso a Internet (Internet Service Provider-ISP, en Argentina: *AOL*, *UOL-Sinectis*, *Intermedia*, etc.), el proveedor de alojamiento de sitio web (*Internet Presente Provider* o *Hosting Service Provider*; en Argentina: *Compaq*, *IBM*, *StarMedia*, etc.), el editor o proveedor de contenido de página web (*Web Site Designer*, o *Web Site Developer*), y el proveedor de servicios *on line*, tales como servicios comerciales de información, de consultoría y de reservaciones, e incluso de mensajería electrónica o *e-mail* y de charla interactiva”.⁵⁶

En este punto, cabe recordar que esta tesis resulta, en todo caso, aplicable en materia de ley aplicable, a fin de evitar que existan múltiples derechos aplicables. En cambio, en materia de jurisdicción competente, el criterio imperante nos orienta a calificar “lugar de cumplimiento”, como cualquier lugar de cumplimiento del contrato, con la finalidad de abrir un abanico de foros disponibles.

A su vez, nuestro Código Civil se ocupa de los contratos entre ausentes en el artículo 1.214: “Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de gentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”. Para estos casos, el codificador optó por un punto de conexión acumulativo en cuanto a la validez del contrato, en cambio los efectos, las prestaciones, las obligaciones de las partes se rigen por la ley del respectivo domicilio.⁵⁷

Estas normas indirectas, re-calificando los respectivos puntos de conexión elegidos por nuestro codificador, podrían ser adaptadas al comercio electrónico, mientras no se sancionen reglas específicas.

DETERMINACIÓN DEL JUEZ COMPETENTE A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Según nuestros tribunales “la jurisdicción internacional es el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de derecho privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado al cual se atribuye aquella considera que tiene una relación relevante a tales efectos”.⁵⁸

Tal como manifiesta Lipszyc, la determinación de cuándo un juez es competente para entender y decidir en un caso con elementos extranjeros relevantes

56. Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*,. Brasil, Zavallia-Fundação Boiteux, 2006,

57. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 7ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 395.

58. S.M.,M.C. c. A., P.C., CNCiv, sala B, 26 de diciembre de 1997, publicado en La Ley 1998-D, 144.

presenta un alto grado de complejidad, como problemática general del Derecho Internacional Privado, pero cuando nos movemos en el espacio virtual, el grado de complejidad se verá seriamente agudizado.⁵⁹

En efecto, las particularidades de Internet, que hemos visto: su carácter descentralizado, deslocalizado, global, interactivo, el anonimato que posibilita y su accesibilidad desde cualquier lugar del planeta, tal como reconoce la doctrina, aumenta el número de tribunales estatales potencialmente competentes para conocer de un mismo litigio y de las decisiones judiciales que reclaman efectos extraterritoriales.⁶⁰

Así es como, se han identificado tres problemas: “por una parte, el alcance global de Internet choca con el principio de territorialidad y de soberanía inherente al concepto geográfico de jurisdicción; por otra, es difícil vincular una determinada relación jurídica *on line* a un lugar físico, localizar el lugar donde se produce el daño o determinar cuándo una actividad *on line* va dirigida a unos usuarios concretos de la geografía mundial; y, en fin, parece en principio, posible, aunque puede no ser recomendable, la vinculación del litigio a la jurisdicción de cualquier lugar del mundo desde el que se accede a Internet, pero ello solo debería hacerse cuando exista un vínculo de proximidad efectivo entre el asunto y el foro, lo que no es fácil de determinar”.⁶¹

Tal como podemos observar, varias circunstancias obstaculizan el uso tradicional de la noción jurisdicción en su concepción geográfica. En primer lugar, aunque Internet es accesible globalmente, no es una red, sino una red de redes, que divide al mundo no en Estados sino en redes y en *host*. En segundo lugar, muchas redes están cerradas, no permiten la conexión a otras, mientras que otras están interconectadas y tienen carácter abierto. Además, el llamado hipervínculo permite la conexión de un sitio *web* a otro. En tercer término, Internet está descentralizada y es capaz de transmitir rápidamente información sin intervención ni control humano.

59. Cfr: LIPSZYC, Delia, *Jurisdicción competente y ley aplicable en conflictos por infracción al derecho de autor y conexos en internet*, Relato de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección de Derecho Internacional Privado, celebradas los días 12 y 13 de septiembre de 2008, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 17-18.

60. Cfr: ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, “Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: ‘Caso Yahoo!’ 2000-2005”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA* 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*,. Brasil, Zavalía-Fundação Boiteux, 2006, p. 288.

61. Cfr: ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, “Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: ‘Caso Yahoo!’ 2000-2005”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA* 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*. Brasil, Zavalía-Fundação Boiteux, 2006, pp. 296-297.

En cuarto lugar, los mensajes viajan en paquetes que son reensamblados por el ordenador receptor. En quinto término, Internet es indiferente a la localización física de los ordenadores y no existe una conexión necesaria entre una dirección de Internet y una jurisdicción física, lo que significa que Internet permite la interacción entre personas cuya localización física se desconoce.⁶²

Ante este contexto, es fácil advertir que la primera tentación que tendrá un juez ante una controversia surgida en el ciberespacio que le es sometida es declararse competente, no en virtud de las reglas de derecho internacional privado aplicables sino, en todo caso, mientras el sitio al que se vincula el conflicto resulta accesible desde el territorio del foro. Asistiríamos así, a una suerte de competencia universal. Siguiendo esta misma tentación, es muy probable que ese juez aplique sin más la ley local, apegándose a un criterio territorialista que no se condice con las características transnacionales del fenómeno que estamos estudiando. Así, en aplicación de este principio de territorialidad, un juez podría impedir el acceso desde su territorio a sitios web determinados, considerados nocivos o ilegales, aún cuando esas actividades traspasen las fronteras de su Estado. Por otra parte, esta sencilla solución esconde un riesgo importante: el tan temido *forum shopping*, ya que el actor podría elegir discrecionalmente el juez competente.⁶³

En efecto, Internet permite que las partes entablen relaciones jurídicas sin conocerse y sin siquiera saber dónde se hallan ubicadas territorialmente. Es decir, conocen sus respectivas direcciones virtuales, que pueden o no estar de algún modo u otro vinculadas a jurisdicciones reales, físicas.

En lo que respecta a nuestro país, en definitiva, será necesario evaluar seriamente si las normas del derecho internacional privado argentino en materia de jurisdicción internacional se adaptan a los requerimientos y a las particularidades del mundo virtual. Y en general, el principal interrogante reside en determinar si los criterios y principios tradicionales, existentes se adecuan a la realidad de Internet o si es necesario crear nuevas reglas para el nuevo medio.

Autonomía de la voluntad

Tal como destaca De Miguel Asensio, “la incorporación en el contrato de una cláusula de sumisión que determine el Estado cuyos tribunales son competentes (o el órgano arbitral elegido) es un instrumento particularmente útil para dotar de

62. Cfr. DONOHUE, James P., “Litigation in Cyberspace: Jurisdiction and Choice of Law a United States Perspective”, disponible en [www.abanet.org/buslaw/cyber/usjuris.htm].

63. Cfr. FAUVARQUE-COSSON, “Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux”, Coloquio “Droit de l’Internet: approches européennes et internationales”, 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en [<http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>].

seguridad jurídica al contrato. La importancia de este dato se acentúa en la contratación a través de Internet, habida cuenta de la incertidumbre acerca de los criterios sobre la jurisdicción y la normativa aplicable a dichas transacciones en un ámbito en el que los precedentes son todavía escasos... La inclusión en todos sus contratos de una cláusula atributiva de competencia a los tribunales de un Estado concreto (típicamente su propio Estado) o a un órgano arbitral aporta seguridad jurídica a la posición de ese comerciante, por lo que es frecuente que los modelos de contrato en el ámbito del comercio electrónico incorporen una cláusula en este sentido”.⁶⁴

Ahora bien, siguiendo al mismo autor, debemos tener presente que “la validez de los pactos de elección de foro (y de ley aplicable) debe decidirse conforme a las normas sobre competencia judicial (y ley aplicable) del propio foro ante el que se plantea la controversia y, de ser admisible a la luz de estas, conforme a la ley aplicable al concreto pacto en cuestión”.⁶⁵

En este caso, no es el Código Civil quien se ocupa de determinar las condiciones bajo las cuales puede ser ejercida la facultad de elegir juez competente, sino que debemos remitirnos al artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, siempre: 1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional; 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, 4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

Por ende, en nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna, la internacionalidad objetiva del asunto es un requisito ineludible. La tendencia contemporánea sostiene que la ubicación de los sistemas de información del iniciador y del destinatario de un mensaje de datos no es un elemento extranjero objetivamente relevante. Por ende, aun en el ámbito virtual, habrá que buscar elementos como el lugar de celebración y de cumplimiento del contrato, el lugar de residencia, domicilio o establecimiento de las partes, o el lugar de situación de la cosa objeto del contrato para determinar la internacionalidad del asunto.

En cuanto a la forma del acuerdo, a la luz de esta norma, se ha dicho que “la elección podría hacerse por escrito, a través de todo medio de comunicación que diera una información accesible, si esa cláusula es conforme a un uso regularmente seguido por las partes, si se trata de un uso del que las partes tuvieron o debieron haber tenido conocimiento, si es regularmente observado en contratos de esa

64. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, pp. 413-414.

65. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 414.

naturaleza comercial, salvo que se trate de una cláusula prohibida por la *lex fori* del juez que conoce en el caso”.⁶⁶

Criterios subsidiarios

En lo que respecta a la jurisdicción directa, a fin de utilizar los criterios atributivos tradicionales en la materia: domicilio del demandado, domicilio del actor en ciertos supuestos, y lugar de cumplimiento del contrato, el interrogante gira en torno a la necesidad de redefinir estas nociones para que puedan ser aplicadas sin dificultades en el espacio virtual, o de crear nuevos criterios.

En el Derecho Argentino de fuente interna encontramos los artículos 1215 y 1216 del Código Civil⁶⁷ que en materia contractual consagran como foros alternativos los tribunales del domicilio de demandado o los del lugar de ejecución del contrato.

Por ende, el actor tiene varias posibilidades, a su elección. Una de ellas, la de iniciar la acción ante cualquier lugar de cumplimiento. Esa es la interpretación amplia del contacto lugar de cumplimiento, que ha acogido nuestra jurisprudencia y ha seguido nuestra doctrina.

Así fue establecido en el caso “Antonio Espósito e Hijos S.R.L. v. Jocqueviel de Vieu”, en el cual la Cámara Comercial sostuvo que la calificación de “lugar de cumplimiento” es distinta según se trate de determinar el juez competente o la ley aplicable. A los fines del art. 1215 del Código Civil, para establecer la jurisdicción en materia de contratos internacionales, cualquier lugar de cumplimiento y no necesariamente el de la prestación más característica, sirve para abrir la jurisdicción.⁶⁸

Asimismo, en el caso “Exportadora Buenos Aires S.A. c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc. ”, la Corte Suprema resolvió que “en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse sobre la base de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, a saber los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia

66. Cfr. UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho*, t. 208, pp. 723.

67. Art. 1215 C.C.- En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado.

Art. 1216 C.C.- Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí.

68. CNCom. Sala E, 10 de octubre de 1985. En LL 1986-D, 46. La doctrina del caso Espósito fue confirmada tiempo después por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Exportadora Buenos Aires v. Holiday Inn s’ Worldwide Inc”, del 20 de octubre de 1998, en LL 2000-A, 403.

del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella” y advirtió que “en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (conf. art. 1215 C. Civil)”.⁶⁹

Por ende, cualquier lugar de ejecución o cumplimiento en la República Argentina, abre la jurisdicción de nuestros tribunales, no solo el expresamente convenido en el contrato, o el de la prestación más característica, sino también, el lugar donde el deudor debió cumplir y no cumplió, e incluso, donde el acreedor debió cumplir y cumplió.

Por su parte, Goldschmidt diferenciando el criterio del lugar de cumplimiento en materia de ley aplicable y de juez competente, sostiene: “En tren de buscar el derecho aplicable, ciencia y práctica buscan la unificación. Se rechaza el despedazamiento del contrato, aplicando por ejemplo a su validez un derecho y a sus efectos, otro (*grande coupure*) o a una parte un Derecho y a la otra, otro (*petite coupure*). Se antepone la prestación característica —en la compraventa la transferencia de la propiedad de la cosa vendida— y aplica el derecho del lugar donde ella ha de ser realizada a todo el contrato, inclusive a la prestación común (Schnitzer)...” En cambio, en materia de jurisdicción “imperla la pluralidad a fin de vehicular el derecho constitucional de la jurisdicción. No obstante, comprador y vendedor no tienen tres sino dos elecciones: entre el domicilio del demandado y el país en el cual el accionado debe cumplir; al contrario, ninguno de ambos puede deducir la demanda en el país en donde él mismo debe cumplir o inclusive cumplió. Ello es así, porque, por una vertiente, el legislador elige el país del cumplimiento porque supone que en este país será fácil para el actor victorioso ejecutar la sentencia, y por otra vertiente, porque resultaría excesivamente gravoso para el demandado tener que litigar en un país al que no lo liga ninguna circunstancia”.⁷⁰ Antonio Boggiano, en cambio, amplía esta doctrina al sostener que cualquier lugar de cumplimiento abre la jurisdicción, aun cuando se trate del lugar de ejecución de la prestación que el propio actor debió cumplir, e incluso si ya cumplió con ella, en idéntica línea a la jurisprudencia nacional imperante.⁷¹

En los contratos celebrados *on line* que son ejecutados total o parcialmente *off line*, la determinación del lugar de cumplimiento, no trae mayores inconvenientes

69. CSJN, 20/10/1998, en *Fallos* 321-3-2894/2904 y en *La Ley* 2000-A, 403.

70. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional en contratos internacionales”, Comentario al fallo “Espósito e hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu”, CNCom, Sala E (10/10/1985), publicado en *La Ley* 1986-D, 46.

71. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 132 y ss.

que en los contratos concluidos por medios tradicionales. Sin embargo, respecto de los contratos celebrados y ejecutados *on line*, se torna de difícil localización, “salvo que asumamos una presunción legal sobre el lugar de cumplimiento –v.gr. el lugar desde donde partió o se emitió la oferta aceptada o el domicilio de origen– punto de conexión preferido por quienes priorizan el interés de los operadores de sitios de Internet–, o el lugar donde se produjo la aceptación de la oferta –que prioriza los intereses de los potenciales clientes–, sin descartar recurrir al foro del domicilio del demandado.⁷²

En defecto de elección de foro, el actor podrá también demandar al deudor en la Argentina si este tuviese su domicilio o residencia en el país (art. 1.216 CC).⁷³

El juez del domicilio del demandado es el foro competente en general en todos los conflictos derivados de relaciones personales, con fundamento en que nadie puede agravarse por ser demandado ante los tribunales de su propio país.

En el ciberespacio las partes de un contrato pueden tener un domicilio virtual, es decir, una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar de establecimiento físico. Entonces, cabe preguntarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente.⁷⁴

Debe tenerse presente que la elección de este criterio tiene el grave riesgo de que el deudor desplace muy rápidamente su dirección virtual para evadir la acción de la justicia. En efecto, mientras el domicilio real es un criterio relativamente estable de localización, su par virtual puede resultar extremadamente fugaz.⁷⁵

El primer problema que surge es, entonces, el de la localización del domicilio real, cierto, como criterio atributivo de jurisdicción internacional. Ya que no es determinante, en cambio, la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la red o la localización física de sus computadoras. En efecto, si fueran aceptados estos criterios, “el deudor, en caso de ser perseguido, podría desplazar fugazmente su sitio al extranjero para evadir el sometimiento a la justicia, buscando refugio en los territorios más clementes de los llamados “paraísos numéricos. Solo el criterio domiciliario nos ofrece un principio perenne de localización”.

72. Cfr. UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t. 208, p. 724.

73. La referencia al “deudor” debe ser entendida en un sentido estrictamente procesal, como el deudor demandado a cumplir la prestación que dio lugar a la demanda.

74. Un tratamiento in extenso puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: [www.eldial.com], Ed Albemática, febrero de 2005.

75. Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, p. 7.

Sin embargo, ante la dificultad y hasta la frecuente imposibilidad de localizar el domicilio del demandado, se ha preconizado una interpretación amplia de dicho concepto: si aun siendo imposible determinar el domicilio actual del demandado, “existen elementos suficientes que lo vinculen con el país, los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia”.⁷⁶

Asimismo, se debe advertir que la identificación y localización de las partes, reposa en sus propias declaraciones, circunstancia que puede generar una serie de abusos, que deberán ser tenidos en cuenta por los contratantes que deberán extremar los recaudos a tales fines.

RECIENTES PROYECTOS DE REFORMA

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02 y presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003, propone un capítulo completo dedicado a los Contratos.

En efecto, el capítulo V (arts. 68 a 80) del Título III se dedica a la ley aplicable a los contratos. Regula tanto la elección del derecho por las partes (autonomía de la voluntad) y sus límites, así como dispone el derecho aplicable a falta de elección. Asimismo, en el artículo 74, el Proyecto define la ley aplicable a la forma del contrato. Y a partir del artículo 75 regula contratos específicos: sobre inmuebles, de intermediación y representación, de transporte terrestre de cosas, de transporte terrestre de personas, contratos celebrados con consumidores, y de trabajo.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado propone el reconocimiento legislativo expreso y amplio del principio de la autonomía de la voluntad en las obligaciones contractuales. En efecto, el artículo 69 dispone: “Elección del derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos

76. Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, p. 7.

del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia”.

Asimismo, se introduce expresamente la posibilidad de que las partes puedan generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable dándole amplia cabida a la autonomía material. No se aclara que la autonomía material debe ser expresa, lo cual daría lugar al ejercicio de la autonomía material tácita.

La autonomía de la voluntad reconocida en el Proyecto en toda su amplitud, le permite a las partes el empleo del *depeçage*, así como la modificación del derecho aplicable en cualquier momento, inclusive durante el proceso.

En cuanto a las limitaciones en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se dejan a salvo las que denomina normas argentinas dictadas para preservar el interés público.

La determinación de la ley aplicable a falta de elección por las partes en el Proyecto de Código resulta del artículo 72 según el cual “el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos”. Seguidamente se introducen dos presunciones, una principal y otra subsidiaria, el lugar de cumplimiento de la prestación más característica y la residencia habitual del deudor de la prestación más característica.

Se regulan los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, y los contratos celebrados con consumidores, contratos en los que se veda a las partes la posibilidad de ejercitar la autonomía de la voluntad, sometiéndolos a la ley del lugar de la residencia del consumidor. En efecto, el artículo 79 dispone que los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de este, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.

En materia jurisdiccional, el Proyecto admite en el artículo 17 el acuerdo de elección de foro, siempre que se trate de cuestiones patrimoniales, salvo que tuvieran jurisdicción exclusiva los tribunales de la República. Dicha elección puede hacerse por cualquier medio de comunicación que permita asegurar la identidad de las partes y la aprobación del contenido del acuerdo por cada una de ellas.

Por su parte, el artículo 24 establece que en ausencia de acuerdo de elección de foro, a opción del actor, son competentes para conocer de las acciones derivadas

de un contrato: “a) los tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existieran varios demandados, los tribunales del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; b) los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada; c) los tribunales del lugar en que el demandado tenga sucursal o establecimiento respecto a las acciones relativas a una obligación derivada de la explotación de esa sucursal o establecimiento”.

Tal como podemos apreciar, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, incluye como uno de los criterios subsidiarios, el lugar de cumplimiento de la obligación *reclamada* (art. 24, inc. b), limitando así el criterio jurisprudencial amplio reconocido por nuestra Corte Suprema. Uno de los antecedentes más relevantes que opta por el mismo criterio es el Reglamento (CE) N° 44/2001 del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia contractual, según el cual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro “en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiese ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda” (art. 5.1 a).

Por su parte, el reciente Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012⁷⁷ contiene algunas disposiciones sobre contratos internos de consumo a distancia. En efecto, el artículo 1105 define a los contratos celebrados a distancia como aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.⁷⁸

El artículo 1106 dispone que siempre que en el Código proyectado o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

A su turno, la Sección 11ª del Capítulo 3 (Parte especial) del Título IV sobre “Disposiciones de derecho internacional privado”, se dedica en cuatro artículos a los Contratos internacionales en general; y la Sección 12ª se ocupa de los Contratos de consumo en dos disposiciones sobre Jurisdicción y Derecho aplicable.

77. Elaborado por una Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci (con la colaboración de prestigiosos especialistas), designados por el decreto presidencial 191/2011. El Anteproyecto fue presentado por la Presidente de la Nación el 27 de marzo de 2012.

78. Entendemos, sin embargo que no todos los contratos celebrados por medios electrónicos son entre ausentes. Por ejemplo, aquellos celebrados en teleconferencia o a través de un servicio de chat son contratos entre presentes.

En materia de ley aplicable, el Anteproyecto de 2012 reconoce en el artículo 2651 el principio de autonomía de la voluntad en los siguientes términos “Las partes pueden elegir el derecho aplicable en forma total o parcial al contrato que celebran. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;
- c) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato;
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;
- e) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo”.

Según el artículo 2652, a falta de determinación del derecho aplicable por elección por las partes, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato.⁷⁹ En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

El mismo artículo determina que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Se ha optado por criterios rígidos clásicos: como punto de conexión principal, el lugar de cumplimiento definido según un criterio jurisprudencial predominante,

79. Cabe señalar que el artículo 1109 dispone que en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato.

y como punto de conexión subsidiario, reproduciendo la norma de los Tratados de Montevideo, el lugar de celebración.

Sin embargo, la disposición siguiente establece una cláusula de escape. En efecto, estipula que: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos”⁸⁰.

Tal como adelantamos, el Anteproyecto de 2012, solo regula, en especial, los contratos internacionales de consumo en la sección 12^a (capítulo 3, título IV). Según el artículo 2655, los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Veda, en consecuencia, la posibilidad de elección de ley aplicable en los contratos de consumo.

Respecto a la competencia internacional, el Anteproyecto dispone que las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley (artículo 2605).

En la siguiente norma proyectada, se establece que dicho acuerdo de elección de foro designa el único juez competente, excepto que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario.

El Anteproyecto admite la prórroga expresa y tácita. En efecto, en sus términos “La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el

80. En consonancia, el Anteproyecto establece en el artículo 2597 una cláusula similar: “Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”. La extensión de la teoría de los vínculos más estrechos a todas las relaciones jurídicas internacionales no nos convence. En alguna medida, desnaturaliza el conjunto de normas de conflicto proyectadas y brinda un poder discrecional demasiado amplio depositado en el juez.

actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria”.

Por otro lado, no admite el acuerdo de elección de foro en los contratos de consumo (artículo 2654).

A su turno, el Anteproyecto de 2012, en el artículo 2650 establece que no existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor: a) los jueces del domicilio del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio de cualquiera de ellos; b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales. Es decir, que reconoce la interpretación amplia de nuestra jurisprudencia sobre el alcance de lugar de cumplimiento del contrato, para la determinación de la jurisdicción internacional.

En relación a la jurisdicción en materia de contratos de consumo, el artículo 2654 establece que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

Lamentablemente, ambas Comisiones designadas desaprovecharon la oportunidad para incorporar algunas normas básicas destinadas a la regulación de los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos y además omitieron tener en cuenta las nuevas tecnologías al regular los contratos celebrados por consumidores exigiendo que para que resulte aplicable la ley de su residencia habitual, aquél deberá haber cumplido en tal lugar los actos necesarios para la conclusión del contrato, lo cual resulta de casi imposible comprobación en el contexto electrónico, razón por la cual, este requisito fue omitido tanto en el Reglamento (CE) N° 44/2001 (Bruselas, 2000), como en el reciente Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

REFLEXIONES FINALES

Internet, la *web*, el espacio virtual, el mundo cibernético constituye un escenario novedoso, inusitado, asombroso, que origina múltiples oportunidades a quienes desean operar en él. Sin embargo, a la vez, trae consigo una gran incertidumbre jurídica, que conspira en gran medida con su pleno despliegue y evolución.

Los operadores del Derecho, legisladores, jueces, abogados, asesores legales, docentes e investigadores tienen ante sí un desafío importante: crear, evaluar y aplicar reglas jurídicas idóneas para este nuevo ámbito, que, en definitiva, fue creado por el propio hombre.

En miras al cumplimiento de tal cometido, el Derecho Internacional Privado puede jugar un rol destacado, en tanto y en cuanto este medio es eminentemente internacional y tiene la suficiente virtualidad para permitir un crecimiento exponencial de las relaciones jurídicas transfronterizas entre particulares.

Desde una mirada superficial, cierto es que los métodos clásicos que nos brinda nuestro Código Civil, característicos de nuestra disciplina que conducen a localizar cada relación jurídica territorialmente, espacialmente dentro de las fronteras de un Estado para indicar como aplicable su ordenamiento jurídico, no se compadecen a simple vista con la forma en que nacen, se desarrollan y extinguen los vínculos en Internet.

No obstante, en la tarea de localizar las relaciones jurídicas en el mundo real, gracias a los criterios savignianos, con las diversas adaptaciones y matices que sufrieron a lo largo del tiempo en los órdenes jurídicos estatales y convencionales, el legislador apela, en ocasiones, a presunciones, ficciones, tan comunes en el universo del Derecho, que permitan y permiten al juez competente aplicar ya sea su propio derecho, ya sea el derecho extranjero, según cuál sea el más conforme con la naturaleza jurídica de la relación.

Ahora también debemos recurrir a la “regla de solución” de Savigny: aplicar a cada relación jurídica que se desenvuelva en Internet, o en general, a través de los nuevos medios que nos brinda la tecnología, el derecho más conforme a su naturaleza, ya sea local o extranjero, gracias a la búsqueda de su asiento jurídico.

Acaso, ¿qué razón esencial justifica, habilita a disponer y aplicar dos regímenes jurídicos diversos, con métodos disímiles, según se trate de una misma relación jurídica contractual, mismo objeto, misma causa, idénticos sujetos, que se desarrolle en el llamado mundo real o que se despliegue en el aparentemente inabismable mundo virtual?

Por el contrario, semejante distinción conspiraría con el principio de no discriminación y de neutralidad tecnológica, pilares del comercio electrónico. En tal sentido, consideramos que una premisa básica a tener en cuenta para regular la cuestión que nos ocupa es evitar asimetrías sin fundamento jurídico real entre los criterios aplicables a la contratación internacional tradicional y a la contratación internacional *on line*.

El mundo real y el mundo virtual no son compartimentos estancos, no pueden ser tratados, por ende, como espacios jurídicos desconectados, porque en definitiva somos los mismos seres humanos los que nos movemos, comunicamos, comerciamos, contratamos en uno y en el otro. Los problemas son los mismos, y en consecuencia, las soluciones no pueden ser divergentes.

Por lo expuesto, estimamos que en gran medida los principios, criterios, métodos, reglas que rigen los contratos internacionales deben ser tenidos en consideración al momento de legislar en materia de contratación electrónica, y en ningún caso deben alejarse desmesuradamente de aquéllas, pues en definitiva, no dejan de

ser un tipo peculiar, una especie de ellos. Y, por otra parte, el juez deberá recurrir a las normas vigentes sobre contratos internacionales de fuente interna –y convencional–, cuando se le presente un caso, ante la ausencia de reglas específicas, con la debida flexibilidad y adaptación que sea estrictamente necesaria.

La autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito jurisdiccional, como respecto de la elección de la ley aplicable tiene un amplio campo de aplicación en los contratos electrónicos. De hecho, cuando de contratos entre empresarios o profesionales se trata (B2B), resulta sumamente aconsejable su ejercicio, en tanto, ante la inexistencia actual de reglas específicas, genera un alto margen de certidumbre y seguridad jurídicas.

Sin perjuicio de ello, así como la autonomía de la voluntad es un principio de reconocida trayectoria y desempeño en el ámbito de los negocios internacionales, que admite límites, en el contexto del comercio electrónico también reconoce restricciones. Entre las principales, el consabido orden público internacional, el fraude a la ley, las normas de policía del foro y eventualmente de un tercer Estado, la protección del usuario y consumidor, ante la posible imposición por parte del contratante profesional de la ley aplicable, muy frecuente en los denominados *click and wrap agreement*, la versión cibernética de los contratos de adhesión.

Ahora bien, quizás la mayor dificultad la encontramos precisamente cuando los contratantes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad, o bien habiendo elegido ley aplicable, el acuerdo resulta inválido o ineficaz. Entonces, ¿los puntos de conexión clásicos en materia de contratos internacionales son apropiados cuando de contratación celebrada por medios electrónicos se trata?. Nos referimos al lugar de celebración del contrato, al lugar de ejecución o cumplimiento de sus prestaciones, al lugar de domicilio, residencia habitual, o establecimiento de las partes.

Cualquiera de estas conexiones, estimamos que pueden ser aplicables en los contratos electrónicos, con ciertas adaptaciones.

A nuestro criterio, la mejor opción está a favor de los criterios tradicionales que conectan al contrato con el mundo real, con sus circunstancias. Sin embargo dada la complejidad que pueden presentar algunos contratos electrónicos, podría preverse, subsidiariamente, una suerte de cláusula de escape que permita al juez optar por un derecho distinto al que indiquen las conexiones clásicas, siempre que funde razonablemente la existencia de un derecho más próximo, que posea vínculos más estrechos con el contrato.

Por otra parte, en los contratos electrónicos de consumo, entendemos que la protección de la parte más débil, del denominado “consumidor pasivo”, ameritan la limitación de la autonomía de la voluntad y la protección por las leyes más favorables del lugar de su residencia habitual.

En suma, en nuestro criterio, las relaciones virtuales aparentemente deslocalizadas que se desenvuelven en el ciberespacio, un espacio atemporal, transnacional, calificado por algunos como un “no lugar”, no representa una amenaza para el

Derecho Internacional Privado ni para nuestro Código Civil, sino una oportunidad para demostrar su dinamismo, funcionalidad y vigente actualidad. Ello, sin perjuicio de que una ley especial que contenga todas las normas de nuestra disciplina, haciéndose eco, incluso, de las nuevas tecnologías, es una tarea aún pendiente de nuestro legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS POU, MARÍA, *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, La Ley (Temas), 2006.
- BRENNAN, RAMÓN G., “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley” en Altmark, Daniel (dir.) y Bielsa, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Buenos Aires, Depalma, 2001.
- BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Contratos*, Decimoctava edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- BRIZZIO, CLAUDIA R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- CAFFERA, GERARDO, “Formación del contrato electrónico”, en Rippe, S.; Creimer, I, Delpiazzo, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Buenos Aires, Ed. Bdef, Julio César Faira Editor, 2003.
- DONOHUE, JAMES P., “Litigation in Cyberspace: Jurisdiction and Choice of Law a United States Perspective”, disponible en www.abanet.org/buslaw/cyber/us-juris.htm.
- COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, “Globalization and the Information Society, The need for Strengthened International Co-ordination”, en COM (98) 50.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Electronic Commerce and International Jurisdiction* - Ottawa, 28/2-1/3/00. Preliminary Document N° 12, Agosto de 2000.
- CZARNY, NATALIO, “Ciberspacio y derecho. (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos telemáticos)”, en *El Derecho* 173 - 901.
- DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol. 12, N° 4, Octubre - Diciembre 1998.
- “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1.

- *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001.
- DRAETTA, UGO, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, t. 314.
- ESTEVE GONZÁLEZ, LYDIA, “Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: Caso Yahoo! 2000 - 2005”, en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA* 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información, Brasil, Zavallia - Fundação Boiteux, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, “Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux”, Coloque “Droit de l’Internet: approches européennes et internationales”, 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>.
- FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA L., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- *Contratos internacionales*, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- *Derecho Internacional Privado*, Parte especial, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Albremática, febrero de 2005.
- “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”, en *Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005 y en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* www.eldial.com, Septiembre de 2005.
- “La prestación más característica del contrato o la polémica continúa”, ponencia presentada en las *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7* sobre “Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR”, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- “Jurisdicción internacional en contratos internacionales, Comentario al fallo “Espósito e hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu”, CNCom, Sala E (10/10/1985)”, publicado en *La Ley* 1986-D, 46.
- “Transporte internacional”, en *La Ley* 1980-B.

- HOCSMAN, HERIBERTO SIMÓN, *Negocios en Internet (E commerce - Correo electrónico - Forma digital)*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- LORENZETTI, RICARDO, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO y MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina), Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Edición Actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- OYARZÁBAL, MARIO J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV.
- “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003 y en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), Revista DeCITA 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Brasil, Zavalía - Fundação Boiteux.
- UZAL, MARÍA ELSA, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t. 208.
- IEZZI, MARÍA VERÓNICA, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.
- SMITH, BRADFORD L., “The Third Industrial Revolution: law and policy for the Internet”, en *Recueil des Cours* N° 282, Academie de droit international de La Haye, Francia, 2000.
- VIBES, FEDERICO P. “¿Qué ley gobierna en Internet?”, en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II.