

**CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS A
TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS:
¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE?***

*INTERNATIONAL CONTRACTS CELEBRATED BY ELECTRONIC
MEANS: WHICH IS THE APPLICABLE LAW?*

*Luciana B. SCOTTI ***

RESUMEN

El presente trabajo procura analizar uno de los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado: la determinación de la ley aplicable, en un tema particular como es la contratación internacional celebrada a través de medios electrónicos, en especial Internet. El análisis se divide en dos partes: una primera mirada general en donde se exponen las soluciones que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado han encontrado, y una segunda parte, en la cual estudiamos el tema desde la perspectiva del derecho argentino de fuente interna y convencional. Finalmente, compartimos algunas reflexiones y realizamos algunas propuestas concretas.

* Este trabajo se basa en uno de los capítulos de la tesis doctoral de la autora, que fuera defendida el 13 de julio de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con calificación «Sobresaliente», con recomendación Premio Facultad, actualmente en prensa, Ed. EUDEBA.

** 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 en la 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 «Dr. Ambrosio L. Gioja». Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

PALABRAS CLAVE

Contratos internacionales – Medios electrónicos – Internet – Ley aplicable

ABSTRACT

This work tries to analyze one of the classic problems of the Private International Law: the determination of the applicable law, in a particular topic: the international contracts celebrated by electronic means, especially Internet. The analysis is divided in two parts: the first part in which we expose the solutions that the doctrine, the jurisprudence and the compared law have found, and the second part, in which we study this topic from the perspective of the Argentine law (legislative and conventional source). Finally, we share some reflections and specific proposals.

KEY WORDS

International contracts – Electronic means - Internet – Applicable law

I. Introducción

Entre las notas características de la aldea global¹ en la que convivimos, en el contexto de una incesante globalización con sus beneficios y sus peligros, en el marco de un mundo cada día más internacionalizado, en esta era de la Posmodernidad, como algunos gustan llamar, apreciamos una notable expansión de las relaciones a distancia, virtuales, producto de las nuevas vías de comunicación, y de la facilidad en el intercambio de la información que favorecen la celebración de negocios y la realización de todo tipo de actividades, más allá de las fronteras territoriales, estatales².

En efecto, en su mayoría 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 quiénes 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 respecto³. Por otro lado, cabe destacar que

¹ *The Global Village*, concebido en los años sesenta por Marshall McLuhan.

² Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «El Derecho Internacional Privado ante la globalización», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 1, 2001, ps. 37 – 87, párrafo 2.

³ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 85.

«bloquear el acceso a los recursos de Internet por países resulta casi imposible. Si bien los ordenadores conectados a la Red poseen una dirección ..., ésta 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 «ciberspacio». 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 mundo⁴.

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 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 ciberspacio, 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 mensaje⁵. 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 Internet⁶. Si bien existen agencias internacionales de gobierno de Internet que establecen estándares y habilitan el sistema para que funcione

⁴ Cfr. IEZZI, MARÍA VERÓNICA, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 36-37.

⁵ Cfr. IEZZI, MARÍA VERÓNICA, ob. cit., p. 34.

⁶ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 28.

(*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 Internet⁷.

Otras características trascendentes de Internet, estrechamente vinculadas con las anteriormente mencionadas, 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, telecomunicaciones⁸.

La deslocalización resulta de los caracteres técnicos de Internet: a) es imposible conocer y predeterminar los recorridos que siguen las informaciones digitales 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*⁹ 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 Internet¹⁰.

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 «ciberspacio». Así que, es muy posible encontrar, a un internauta en diferentes Estados al mismo tiempo¹¹. Toda una paradoja para un Derecho y un ordenamiento jurídico creados para el mundo real.

Por su parte, la intangibilidad o incorporalidad, 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.

⁷ 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, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001 p. 38, y disponible en <http://ecomder.com.ar>

⁸ Cfr. DRAETTA, UGO, «Internet et commerce électronique en droit international des affaires», en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005, p. 45.

⁹ Un *mirror* o espejo de cierto sitio web o archivos digitales, son estos mismos archivos, pero alojados en un servidor diferente.

¹⁰ Cfr. DRAETTA, UGO, *pub. cit.*, p. 46.

¹¹ Cfr. VIBES, FEDERICO P. «¿Qué ley gobierna en Internet?», en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II, p. 1386.

En suma y en líneas generales, los problemas jurídicos¹² surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre la naturaleza 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, etcétera). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel¹³.

Calvo Caravaca y Carrascosa González comienzan su obra en la materia que nos ocupa con un párrafo, a nuestro criterio, significativo y esclarecedor: «La irrupción de Internet en el mundo del Derecho repercute en todas las ramas jurídicas, pero especial y fundamentalmente en el Derecho internacional privado. Internet representa el modo más depurado, hasta ahora, de mundializar y globalizar las situaciones privadas: incrementa el número y variedad de situaciones privadas internacionales. Ello hace del Derecho internacional privado el protagonista principal del impacto de Internet en el mundo jurídico»¹⁴.

Afirman los autores: «La alternativa tradicional, es decir, la aplicación del DIPr. de cada Estado, constituye, así, la *vía real* que lleva a solucionar las cuestiones legales que el uso de Internet ha hecho surgir. Ello es así porque –salvo aspectos muy particulares, como la propiedad de los «dominios» en la red– en realidad, los problemas jurídicos que plantea Internet no son nuevos... Se trata de *problemas clásicos* –contratación internacional, responsabilidad civil no contractual, protección de la intimidad, etc.–, presentados, ahora, eso sí, con un *ropaje tecnológico novedoso*... La pretensión de construir un «mundo aparte» para Internet, necesitado de reglas nuevas y propias, es una *falacia*, pues los problemas jurídicos son los mismos en el mundo real y en el virtual. Internet es sólo un medio más veloz de comunicación, como antes lo fue el telégrafo, el teléfono, el correo o el fax... Internet no es sino otro modo de concluir *contratos inter absentes*, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde los tiempos de F. K. V. Savigny»¹⁵.

¹² 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: 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, ps. 6–8.

¹³ Cfr. DRAETTA, Ugo, pub. cit., p. 52 y ss.

¹⁴ Cfr. CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 7.

¹⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, ob. cit., p. 22–23.

En efecto, tal como destaca Burnstein, las cuestiones legales más espinosas que plantea el Ciberespacio corresponden al Derecho internacional privado: ¿qué tribunales serán competentes y qué ley aplicarán a los diversos litigios que pueden surgir en Internet?¹⁶

Por ello, el interrogante que podemos plantearnos es el siguiente: ¿es realmente necesario generar un «derecho de Internet» o un «derecho del comercio electrónico», distinto, autónomo del Derecho internacional privado?

En realidad, lejos de amenazar la existencia del Derecho internacional privado, Internet fortalece su necesidad y su función principal: garantizar la protección de los individuos en todas aquellas relaciones jurídicas privadas, que presenten elementos extranjeros. En tanto existan divergencias entre los sistemas jurídicos estatales, no podrán desaparecer las reglas de Derecho internacional privado. Sería necesario uniformar todo el derecho y dotar a los jueces de una competencia universal, lo cual es poco probable, dadas las diversas tradiciones jurídicas¹⁷.

Sin embargo, no es posible desconocer que Internet pone en tela de juicio las técnicas localizadoras tradicionales del Derecho internacional privado debido a las propias características de este medio que ya hemos señalado, y principalmente por el hecho de que cualquier relación jurídica en Internet, afecta a múltiples jurisdicciones, y por tanto a infinidad de Estados.

Piénsese en la dificultad para determinar el lugar de celebración o el lugar de ejecución de un contrato celebrado y concluido *on line*. O bien, las absurdas consecuencias que derivan del criterio del «lugar de producción del daño», que podría generar demandas en todos los países del mundo, debido al alcance planetario de Internet.

Ante este panorama, se ha pensado en la necesidad de repensar y adaptar las reglas tradicionales del Derecho internacional privado: «es preciso adoptar *nuevas soluciones* de DIPr que no sean criterios rígidos de DIPr, sino *criterios flexibles*, que no aparezcan fundados exclusivamente en la vinculación del *problema jurídico* con el *territorio* de «un Estado»... En el campo del Derecho aplicable es deseable adoptar *puntos de conexión abiertos*, como la *vinculación más estrecha* del caso con un país (*Proper Law Doctrine* – *Centre of Gravity Doctrine*), o los *efectos sustanciales del acto* en un país (*Effect Doctrine*)... Son criterios adecuados porque permiten a las partes prever la aplicación de una ley estatal concreta y porque pueden funcionar en un contexto geográfico y mundializado como es Internet... En el ámbito de la competencia judicial se impone aceptar un régimen que desarrolle la teoría de los «*Minimum Contacts*». De esa forma, para evitar

¹⁶ Cfr. BURNSTEIN, MATTHEW, «Conflicts on the net: choice of law in transnational cyberspace», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law* N° 29, 1995, p. 87.

¹⁷ Cfr. FAUVARQUE – COSSON, BÉNÉDICTE, «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>, ps. 2 y 3.

que todas las jurisdicciones del mundo se consideren competentes, sólo podrán conocer los tribunales del país con que el acto presenta «estrechos contactos»¹⁸.

Por la adaptación de las reglas tradicionales de Derecho internacional privado en Internet también se pronuncia De Miguel Asensio en estos términos: «Internet exige la adaptación de ciertos planteamientos tradicionales relativos a la identificación de la jurisdicción estatal competente y del ordenamiento jurídico aplicable. Al mismo tiempo, se refuerza la necesidad de coordinación internacional en este sector, que contribuya a superar la inseguridad jurídica existente». Prosigue, «la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional tradicionales a las actividades en Internet presenta peculiaridades, asociadas a una necesaria adaptación que garantice las exigencias del derecho fundamental a un proceso justo o el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva... Los criterios atributivos de competencia son típicamente de base territorial y van referidos a actos... o a los participantes..., de modo que el nuevo contexto tecnológico plantea dificultades para la concreción de tales criterios respecto de las actividades en la Red, que tienen un alcance mundial.» En cuanto a la ley aplicable, ante el panorama que presenta Internet, el autor expresa que «esta circunstancia favorece soluciones flexibles que permitan tomar en consideración al formular las respuestas jurídicas, valores de los ordenamientos de diversos países sobre los que se proyecta una determinada conducta a través de la red, si bien ésta pone en contacto (o en conflicto) un número extraordinario de sistemas y culturas jurídicas. El nuevo contexto exige también en materia de ley aplicable reconsiderar la utilización de ciertos puntos de conexión territoriales..., valorando su sustitución por otros más flexibles y mejor adaptados a las nuevas exigencias, en un análisis diferenciado según las materias...»¹⁹.

En esta oportunidad, nos dedicaremos a analizar los problemas que surgen a la hora de determinar la ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales, es decir aquellos que son celebrados a través de medios electrónicos, en particular, Internet. Veremos, asimismo, las soluciones que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado han encontrado, así como las posibles respuestas que podemos hallar en el Derecho internacional privado argentino, de fuente interna y convencional.

II. Consideraciones generales en materia de ley aplicable en los contratos celebrados por medios electrónicos

La determinación de la ley aplicable a un contrato internacional, y en particular a aquellos celebrados a través de medios electrónicos, es de

¹⁸ Cfr. CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, ob. cit., párr. 22.

¹⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, ps. 93 a 98.

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 sólo 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.

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 de la UE 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»²⁰.

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»²¹.

²⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, ob. cit., p. 460 – 461.

²¹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, ob. cit., p. 462.

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. Burstein²² 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, asignar 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 sobre la 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 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

²² 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.

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 tecnológicos²³.

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

1. Que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, hayan elegido la ley aplicable al contrato celebrado o,
2. Que las partes, por diversos motivos, no hayan hecho tal opción y que por ende deba acudir 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.

III. Autonomía de la voluntad y contratos electrónicos

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 acuerda²⁴.

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»²⁵.

²³ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. «La lex informática: 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. www.eldial.com. Septiembre de 2005.

²⁴ Cfr. UZAL, MARÍA ELSA, «Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet», en *El Derecho* t.208, ps. 721-722. Asimismo, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 63 – 64, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2000, p. 346.

²⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», en *Diritto del Commercio Internazionale*, volumen 12, N° 4, Octubre – Diciembre 1998, p. 17.

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 éste por ningún acto de elección permitido»²⁶.

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 sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio»²⁷. 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 éste 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»²⁸.

Sin embargo, desde otra mirada, 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

²⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, «Transporte internacional», en *La Ley* 1980-B, 375.

²⁷ Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 682.

²⁸ Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., ps. 687 - 688.

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, está limitada por normas internacionalmente imperativas del foro, mientras que la autonomía material opera sólo dentro del marco imperativo ordinario de la ley del contrato²⁹.

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 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

²⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, pub. cit., p. 19, nota 51.

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 que 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, Cód. Civil)³⁰.

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.

A. Límites a la autonomía de la voluntad en el contexto del comercio electrónico

Así como podemos recurrir al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos, también debemos tener en cuenta sus limitaciones, entre las que podemos mencionar: el orden público internacional, el fraude a la ley, las normas de policía del foro, y eventualmente normas de policía extranjeras, la tutela de las personas consideradas jurídicamente más débiles. No nos cabe duda que estos límites que restringen la autonomía de las partes en la contratación internacional por medios tradicionales también imperan en el espacio virtual.

Si bien en principio, podemos sostener que las partes, también en este medio electrónico, podrían elegir cualquier derecho como aplicable a su contrato, no podemos desconocer que, tal como sostiene Uzal, la autonomía conflictual «encuentra ciertos límites que la condicionan, también aplicables al pacto en el ciberespacio. En primer lugar, los principios de orden público del derecho internacional privado de la *lex fori* (art.14, inc. 2º, Cód. Civil), del tribunal ante el que se lleve el eventual planteo, principios a los que las partes deben sujetarse inexcusablemente al radicarse la controversia ante una jurisdicción estatal, de ahí la conveniencia de determinar claramente y de antemano el tribunal competente, combinando la cláusula de elección del derecho aplicable con la prórroga de jurisdicción y la determinación de

³⁰ 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.), *Revista DeCITA 5/6, 2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Ed. Zavalia – Fundação Boiteux, Brasil, 2006, p. 138.

los tribunales que habrán de entender en un eventual conflicto. Ello tornará previsible los principios de orden público que habrán de ceñir la solución de tal caso... Un segundo límite está dado por las normas de policía de la *lex fori*, toda vez que ellas son exclusivas, excluyentes de toda otra norma, aunque de aplicación restrictiva.... También funcionan como límite las normas de policía del derecho elegido, en la medida que ha sido introducido *in integrum* en el contrato y las partes al incorporarlo se han sometido a ellas». También para la autora que seguimos en este punto, funcionarían como límite las normas de policía de un tercer Estado, siempre que éste tenga una relación económica preponderante –por ejemplo porque es el del lugar de cumplimiento total o parcial–, lo que impondrá la observancia de tales reglas sobre ciertos aspectos del contrato que se contactan con el territorio de ese país excluyendo la posibilidad de una regulación diversa a la que ese Estado impone imperativamente. Finalmente Uzal advierte que las normas coactivas del Derecho privado aplicable al contrato por elección de las partes, también operarían como límite³¹.

En similar inteligencia, se ha afirmado que «... en el derecho comparado y en las líneas directrices que emanan de los gobiernos de los países centrales, es posible distinguir la prevalencia del principio de autorregulación en el comercio de redes electrónicas, es decir, del principio de autonomía de la voluntad, a la vez que se aconseja que la intervención de los gobiernos debe ser mínima y cuando ésta se produzca, debe limitarse a asegurar las condiciones para la vigencia de ciertos valores, por caso, la libre competencia o la protección de la propiedad intelectual. Esta tendencia parece consagrar el olvido de toda la materia de orden público...» Sin embargo, «... se acepta en la actualidad que la visión del comercio llevado a cabo a través de redes informáticas donde impera la iniciativa particular y el principio de la autonomía de la voluntad, no puede ser absoluta pues hay una serie de contenidos mínimos que cada Estado tiene el derecho de tutelar como consigna básica para mantener su organización interna e identidad nacional. Estos contenidos son los que integran el orden público interno (*sic*) de cada nación y su permanencia y tutela se predican tanto se trate del mundo físico como del que algunos dan en llamar “mundo virtual”.... «Propiciamos que esos contenidos se refieran al objeto ilícito o inmoral del acto jurídico, la protección de la niñez, la protección del consumidor, la represión del tráfico de personas, el orden público fiscal, etc..., materias que el comercio electrónico puede involucrar y afectar. La libertad que se predica como valor primordial de la contratación en redes informáticas, no es absoluta (como ningún derecho lo es) y se imponen ciertos límites que persiguen justamente que esa libertad no se vuelva ilusoria para la mayoría de los usuarios»³².

³¹ Cfr. UZAL, María Elsa, «Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet», en *El Derecho* t.208, p. 722.

³² Cfr. BIOCCA, Stella Maris (dir), *Contratos celebrados por medio electrónico*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2004, p.161 – 164.

En cuanto al límite específico del orden público internacional, sin dudas, una ley extranjera elegida por las partes o la que resulte naturalmente aplicable en virtud de normas de Derecho internacional privado puede vulnerar los principios esenciales del derecho del foro, y por lo tanto será desplazada³³. Piénsese, a modo de ejemplo, en una ley que permita la eutanasia o la venta de drogas o la prostitución o la venta de niños.

Asimismo, debemos recordar el célebre caso Yahoo!, en el que se pudo vislumbrar la aplicación de la noción de orden público internacional por parte de la justicia francesa para impedir que en su territorio se difundiera cierto tipo de información a través de Internet, en resguardo de principios fundamentales.

Frente a este argumento se sostiene que, con independencia de los países desde los que se puede acceder a una página *web*, son aplicables las leyes del lugar de la sede de la empresa. En este sentido, en el caso Yahoo!, las compañías norteamericanas sostuvieron que ningún tribunal ni autoridad extranjera podría limitar las actividades (en el caso, venta por Internet de material pro nazi) de firmas con sede en los Estados Unidos. Sin embargo, desde la posición opuesta, «cuando los grandes portales de Internet sitos en USA ofrecen sus productos para su adquisición en otros países, están obligados a respetar las leyes estatales que rigen el entramado de Derecho público de la economía de los mercados nacionales en los que operan –leyes del país desde el que se puede comprar el producto, país en cuyo mercado se oferta el producto–, de modo que deben sujetarse a todas las leyes de todos los países en cuyos mercados se opere (...) Si se opera a escala mundial, se deben respetar todas las normas de Derecho Público de la Economía de cada ley estatal (*Worldwide Effect*)»³⁴.

Otra excepción a la aplicación del derecho extranjero en general, que, a su vez, opera como limitación a la autonomía de la voluntad es el fraude a la ley. En efecto, los artículos 1207 y 1208 del Código Civil³⁵ desconocen la eficacia de los contratos celebrados en fraude a la legislación local.

Por otra parte, un límite a la autonomía de la voluntad de las partes que cobra especial sentido, según ya comentamos, en el ámbito de la

³³ Sobre la noción de orden público cibernético puede consultarse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., «El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo», en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

³⁴ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica», en ECHEBARRÍA SÁENZ, José A. (coord.), *El comercio electrónico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001, p. 147.

³⁵ Artículo 1207. Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado. Artículo 1208.- Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno.

contratación electrónica es la aplicación de las normas de protección que contempla la ley del domicilio o de la residencia habitual de los consumidores, cuando la ley elegida por las partes vulnera los estándares mínimos de tutela consagrados por aquélla.

En efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales contienen tales normas para la protección de estos sujetos considerados jurídicamente débiles, cuyo conocimiento es de particular importancia si consideramos que la *web* es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global. En consecuencia, las normas del foro protectorias del consumidor podrían desplazar la legislación extranjera elegida en un contrato B2C. Ya la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 en su artículo 5 preveía este límite a la autonomía de las partes³⁶. En similares términos se expresa el reciente Reglamento (CE) N° 593 del 17 de junio de 2008 sobre la misma materia en su artículo 6.2.

La importancia de esta limitación radica principalmente en el considerable número de contratos de consumo, generalmente por adhesión, que actualmente se celebra *on line*³⁷.

En este sentido, cabe recordar que las Directrices de la OCDE para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico recomiendan que los actuales marcos de ley aplicable deben examinarse para considerar si deben ser modificados, o aplicados en forma diferente, para asegurar la efectiva protección al consumidor, en el contexto de continuo crecimiento del comercio electrónico.

Sin embargo, estas recomendaciones no brindan soluciones concretas respecto de la ley aplicable, sino que dejan librado a cada Estado aplicar o modificar el marco normativo del que disponen³⁸.

B. Elección de la *lex electrónica*

La justificación del discurso que impulsa la autorreglamentación

³⁶ El artículo 5 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual».

³⁷ Sin embargo, algunos autores han advertido que no debería hacerse una aplicación indiscriminada de la ley del domicilio fundada simplemente en las particularidades de las nuevas tecnologías y formas de comunicación. 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. 3.

³⁸ En similar inteligencia, SERRA CAMBACERES, Antonino, «Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico», en *Jurisprudencia Argentina* 2004 – I, 1233.

privada construida por sus propios destinatarios «se encuentra en la analogía que asiste a la «*lex informática*» con la «*lex mercatoria*». En efecto, el sustento es la convicción de hallar semejanzas entre las necesidades manifestadas en su momento por los comerciantes que originan esta última, y los requerimientos de quienes interactúan en la red generando nuevas situaciones jurídicas.

Esta *lex electrónica* o *lex informática*, una suerte de heredera de la célebre *lex mercatoria*, elaborada por los propios operadores del comercio electrónico, puede fácilmente identificarse con la denominada autoregulación de la red, según vimos, a través de un número indeterminado de reglas, usos, principios, códigos de buena conducta, costumbres uniformes y transnacionales.

Efectivamente, «esta fuente jurídica transnacional estaría integrada por principios generales y cláusulas básicas como son actuar de buena fe, la libertad de expresión, el respeto al equilibrio de las partes, entre otros»³⁹.

Existe la creencia por una parte considerable de juristas acerca de la falta de aptitud del Derecho internacional así como del Derecho nacional para procesar, para solucionar de manera eficiente, las disputas ocasionadas en el área de las transacciones internacionales. Desde esta mira, ni los derechos estaduales ni el Derecho internacional ofrecen un sistema lo suficientemente adecuado y apto como para responder a las expectativas de las partes. De allí, resulta imprescindible para esta corriente de pensamiento, impulsar, revitalizar, redescubrir, reinventar la idea sobre la existencia así como la autosuficiencia de una suerte de tercer orden jurídico denominado «*lex mercatoria*»⁴⁰.

Dadas estas semejanzas entre la *lex mercatoria* y la *lex informática*, cabe referirnos brevemente a la primera de ellas para comprender acabadamente el sentido y alcance de la segunda.

Así, Feldstein de Cárdenas entiende que desde la mirada de sus defensores, la *lex mercatoria* constituye «Un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional»⁴¹.

³⁹ Cfr. DREYZIN DE KLOR, Adriana, «Derecho Aplicable al Comercio Electrónico», en CALVO CARAVACA, Alfonso, y OVIEDO ALBÁN, Jorge, (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado*, Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005, ps. 285 – 286.

⁴⁰ Ver el trabajo de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. «La *lex informática*: 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.

⁴¹ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Tercera Parte: Lex mercatoria*. Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 168.

En cuanto al contenido de la *lex mercatoria*, prestigiosa doctrina, sostiene que «Si no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, en su formulación se encuentran, en efecto, una serie de principios generales: que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc...»⁴².

Por su parte, la crítica principal que se le ha formulado a la *lex mercatoria* es que no constituye en rigor un derecho autosuficiente: «no puede existir fuera de un contexto legal que le sirva de soporte y por ende no constituye un sistema jurídico»⁴³. La autora que seguimos en este punto, Feldstein de Cárdenas, sostiene que «la *lex mercatoria* no es un sistema jurídico, es decir un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente. Por lo tanto, proponemos que sea considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales»⁴⁴.

A esta altura, cabe interrogarse, ¿Es posible que una normativa uniforme de alcance mundial, una suerte de *lex electrónica* sea aplicada al espacio virtual, soslayando la existencia de las fronteras estatales reales, esquivando los diversos ordenamientos jurídicos que responden a tradiciones y a culturas de la más variada índole?

La *lex informática* ha sido definida como «an expansive concept that has a mixed substantive and methodological content. It covers all sector-specific variations and encompasses both the body of transnational substantive rules of e-business law and usages, as well as the method of their application for the resolution of e-disputes by arbitration»⁴⁵.

⁴² Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, «Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo IV, Iprolex, 2004, ps. 41 – 42.

⁴³ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., *Contratos internacionales, Tercera Parte: Lex mercatoria*. Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 186.

⁴⁴ Puede ampliarse también en: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., «La lex informática: La insoportable levedad del no ser», en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

⁴⁵ «Es un concepto expansivo que tiene un contenido, a la vez, sustantivo y

Asimismo, «the lex informatica is the body of transnational rules of law and trade usages applicable to cross-border e-business transactions»⁴⁶.

Por ende, «sería una especie de normas directas, de amplia libertad, sin intervención estatal, que tendría su propia autorregulación, sus normas de conducta, etcétera, y que podría llegar a «expulsar» al contradictor. Este sistema viene mostrando aciertos parciales, en materia de nombres de dominio fundamentalmente, pero no puede aceptarse, en el estado de desarrollo de hoy, que exista verdaderamente como un sistema normativo general u obligatorio»⁴⁷.

Se lo ha calificado como un concepto amplio, expansivo, en tanto incluye diversas variaciones, matices, dependiendo del sector dentro del comercio electrónico de que se trate: banca, finanzas, industrias...

Variadas justificaciones para la vigencia de la *lex informática* han sido esgrimidas: eludir las normas de conflicto que suelen ser inadecuadas en el contexto electrónico, especialmente cuando no brindan resultados satisfactorios: como cuando el contrato no puede ser localizado o puede serlo en múltiples jurisdicciones, o cuando la posible localización resulta arbitraria. También permite evitar la aplicación de normas materiales de carácter nacional creadas para resolver cuestiones domésticas, y no aptas para conflictos transnacionales. La *lex informática*, además, brindará un grado de uniformidad y predictibilidad al comercio electrónico, que las normas indirectas no pueden alcanzar. Asimismo, se han justificado sus bondades en razones psicológicas, ya que estaría revestida de una suerte

metodológico. Cubre todo sector con sus variaciones específicas y abarca tanto el cuerpo de reglas substantivas transnacionales del derecho del comercio electrónico (B2B) y los usos, así como el método para su aplicación en la resolución de e-disputas a través del arbitraje» (traducción propia) Cfr. PATRIKIOS, ANTONIS, «Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica», Symposium on Enhancing Worldwide Understanding through Online Dispute Resolution, en *University of Toledo Law Review*, (38 UTOLR 271), 2006, p. 274.

⁴⁶ «La lex informática es el cuerpo de reglas jurídicas transnacionales y de usos comerciales aplicables a las transacciones transfronterizas del comercio exterior» (traducción propia). Cfr. GOLDMAN, BERTOLD, «The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria, in Contemporary Problems in International Arbitration». (Julien D.M. Lew ed., 1987), citado por PATRIKIOS, ANTONIS, «Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica», Symposium on Enhancing Worldwide Understanding through Online Dispute Resolution, en *University of Toledo Law Review*, (38 UTOLR 271), 2006, p. 277.

⁴⁷ Cfr. MATTEO, VIVIEN, «Internacionalidad de los contratos celebrados por medios electrónicos y determinación de la ley aplicable», en Rippe, S., Creimer, I., Delpiazzo, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. Bdef, Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2003, p. 180.

de neutralidad, que los derechos nacionales no tendrían al momento de resolver una controversia contractual.

Por otro lado, han sido invocados argumentos específicos relacionados con las características propias de Internet y del comercio electrónico: la deslocalización del nuevo medio debe corresponderse con soluciones desnacionalizadas⁴⁸. Tal como afirma Oyarzábal, «dado que el ciberespacio está tan desconectado de la geografía física, se ha dicho, resulta necesario abandonar completamente el enfoque del conflicto de leyes tradicional y tratar al ciberespacio como un “lugar” distinto, con sus propias leyes y costumbres y no vinculadas a un país en particular»⁴⁹.

En semejante sentido, Fernández Rozas, expresa que: «Circunstancias a las que se unen situaciones derivadas de las nuevas tecnologías como el comercio electrónico donde la ubicación de la relación contractual en un determinado espacio territorial resulta totalmente irrelevante. En efecto, las normas de conflicto tradicionales en materia contractual en ocasiones no se acomodan a las peculiaridades de la contratación electrónica, señaladamente por las dificultades derivadas de la determinación del lugar de ejecución de la prestación característica. De ahí que se propugne la aplicación de una supuesta *lex electrónica* entendida como un bloque normativo integrado por un conjunto de normas jurídicas de carácter informal aplicables en el sector del comercio en línea derivadas de los usos elaborados en la práctica del comercio electrónico. En todo caso, el carácter abierto y descentralizado de Internet menoscaba la eficacia práctica en ese marco de algunas de las reglas extraestatales, cuyo empleo es más habitual entre partes pertenecientes a un mismo sector de actividad»⁵⁰.

Por su parte, diversas fuentes de la *lex informática* han sido identificadas por la doctrina especializada: principios generales de derecho, instrumentos internacionales, nacionales y supranacionales, normas internacionales de derecho uniforme, laudos arbitrales, usos y costumbres del comercio electrónico, cláusulas contractuales modelo, códigos de conducta, entre las principales.

Al decir de Oyarzábal, «la regulación podría tener una doble fuente nacional e internacional, y adoptar modelos diferentes: autorregulación

⁴⁸ Cfr. PATRIKIOS, Antonis, «Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica», Symposium on Enhancing Worldwide Understanding through Online Dispute Resolution, en *University of Toledo Law Review*, (38 UTOLR 271), 2006, ps. 287 y ss.

⁴⁹ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La lex electronica: ¿un common law de la Internet?», en Dreyzin de Klor, Adriana y Fernández Arroyo, Diego P. (dirs.), *Revista DeCITA 03.2005. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades. Inversiones Extranjeras*. Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2005, p. 365.

⁵⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, «Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo IV, Iprolex, 2004, ps. 54.

de los proveedores de acceso a Internet por medio de estipulaciones contractuales entre el abonado y el proveedor de servicios y entre el editor y el proveedor de alojamiento; adopción de códigos de conducta de los internautas que garanticen una comunicación comercial responsable y prácticas desarrolladas por los tribunales nacionales con el asesoramiento de los usuarios, los gobiernos, y la industria de Internet, definición de los principios comunes de aplicación al comercio electrónico identificados por los profesionales u organismos internacionales, etcétera»⁵¹.

La consagración de la *lex informática* o *electrónica* nos estaría indicando que cada tipo de sociedad debe ser gobernada por sus propias reglas. Estaríamos ante una suerte de sociedad internáutica con aptitud para generar usos, prácticas, costumbres que conformarían las *denominadas lex informática, networkia, lex electrónica, ciberderecho o cyberlaw*⁵².

Debemos preguntarnos ahora si los jueces podrían aplicar los principios de la *lex electrónica* aun cuando las partes no hayan pactado expresamente su aplicación al contrato celebrado. O bien, si en todo caso, los tribunales deberían restringir, limitar el empleo de la *lex electrónica* solamente a aquellos supuestos en los que las partes la hayan elegido en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Compartimos la opinión de Oyarzábal en tanto afirma que «la *lex electrónica*, como la *lex mercatoria*, es aplicable en principio sólo si las partes convinieron expresa o implícitamente aplicarla. Por lo que los jueces nacionales o los árbitros no pueden referirse a ella equiparándola a un Derecho estatal sin fundamento en la autonomía de la voluntad, por la sola razón de que el contrato fue concluido por Internet y es de ejecución enteramente virtual». «Además las partes deben indicar reglas precisas y constantes de la *lex electrónica* que desean incorporar al contrato, ya que la referencia a la *lex electrónica* sin más no autoriza a los jueces a aplicar principios generales de gran vaguedad, prescindiendo de sus normas de conflicto que les indican un Derecho estatal del cual desprender una regulación concreta»⁵³.

Así como respecto de la *lex mercatoria*, se ha afirmado que: «Los jueces nacionales no pueden, como principio, referirse a la *lex mercatoria* equiparándola a cualquier Derecho estatal sin fundamento en la autonomía de las partes, por la sola constatación de que el contrato pone en tela de juicio los intereses del comercio internacional»...»La referencia a la *lex mercatoria* sin más parece no autorizar a los jueces a la aplicación de

⁵¹ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La *lex electrónica*: ¿un *common law* de la Internet?», ob. cit., p. 366.

⁵² Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., «La *lex informática*: La insoportable levedad del no ser», en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

⁵³ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La *lex electrónica*: ¿un *common law* de la Internet?», ob. cit., p. 367.

principios generales de gran latitud, prescindiendo de las normas de conflicto que le indican un derecho estatal del cual desprender una regulación precisa.»...»No cabe la referencia a la *lex mercatoria* como a un ordenamiento jurídico autónomo mediante una elección de las partes o en virtud de una conexión objetiva...»⁵⁴. Similares argumentos deberían seguirse, a nuestro criterio, respecto de la incipiente *lex informática*.

A su turno, no podemos olvidar que los partidarios de la *lex electrónica*, promueven la resolución de controversias a través de ciberarbitrajes, de ciberjurisdicciones.

De este modo, se garantizaría, según sus adeptos, una interpretación y aplicación adecuadas y uniformes de las reglas aplicables al ciberespacio, que no podría alcanzarse si las controversias fuesen sometidas a tribunales nacionales.

Sin embargo ¿el arbitraje en línea podría reemplazar sin más a las jurisdicciones estatales?; ¿Hasta qué punto una de las partes podría obligar a su contraparte a recurrir a un ciberarbitraje?; ¿Un ciberárbitro podría acaso ejecutar una medida cautelar, podría proceder a la ejecución forzada de la sentencia arbitral o laudo?; ¿Toda controversia surgida en el ciberespacio podría ser sometida de común acuerdo por las partes a un cibertribunal? De estas cuestiones y de los obstáculos que presentan en los ordenamientos jurídicos vigentes, nos hemos ocupado en otras oportunidades⁵⁵.

Sin embargo, podríamos afirmar que algunos principios propios del comercio electrónico estarían emergiendo, tales como el principio de equivalencia funcional y el de neutralidad tecnológica ya analizados, y también algunas prácticas como la de los profesionales en el B2B en cuanto a utilizar tecnologías seguras que protejan la integridad y confidencialidad de las transacciones.

En consecuencia, estimamos que estos usos y costumbres del ciberespacio, del comercio electrónico, de la contratación celebrada por medios electrónicos puedan cumplir una función integradora del Derecho.

Cabe resaltar que en todo caso, la emergencia de una suerte de *lex informática* no resultaría aplicable a las relaciones B2C, ante la existencia y prevalencia de normas imperativas protectorias de los consumidores, especialmente a nivel nacional.

Concluyendo este punto, coincidimos con Brenna, en cuanto mani-

⁵⁴ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 715 – 716.

⁵⁵ Véase FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana, «Obstáculos legales y convencionales al arbitraje electrónico en la República Argentina», en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, ISSN N° 1514-9358, Volumen XII, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2008, ps. 37 a 68.

fiesta que: «cuando un tribunal fuere llamado a intervenir para resolver una disputa de Internet, buscaría en este derecho consuetudinario del ciberespacio, la colección de costumbres, usos y prácticas, ya aceptadas, desarrolladas por las mismas cortes, como la guía de usuarios, gobiernos, industria y demás sujetos reconocidos en la red... Hay un elemento atrayente en esta postura de sostener la creación de un derecho común del ciberespacio cual es que un derecho así conformado se presenta como lo suficientemente flexible para acompañar el rápido devenir del cambio tecnológico, y por ende legal, que es propio del medio. Sin lugar a dudas el proceso legal convencional es mucho más lento y necesita edificarse a partir de consensos que sólo se alcanzan después de transitar largos procesos de negociación política entre los Estados... La primera duda o interrogante que surge en nuestra mente es si están todas las naciones preparadas o capacitadas para permitir que las disputas que involucren a sus ciudadanos sean decididas conforme a un cuerpo de leyes en un todo diferente de su derecho nacional... La primera respuesta parecer ser no. Por el momento no ha sido fácil encontrar puntos de consenso entre los países más desarrollados y nuestros países acerca de reglas comunes para resolver problemas como la protección de propiedad intelectual, o la protección del software, o tipologías de delitos tecnológicos, por mencionar sólo algunos de aquellos sobre los que se ha avanzado un poco. ... La mirada no puede ser ingenua. Existen intereses económicos y políticos significativos en juego, tras cualquier intento de generación de este derecho de Internet. La Internet puede ignorar las fronteras, pero los estados, sus tribunales y sus legislaturas no lo hacen⁵⁶.

C. Los Principios UNIDROIT en el contexto electrónico

Párrafo aparte merecen los Principios UNIDROIT. En efecto, autores como De Miguel Asensio, afirman que los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por UNIDROIT⁵⁷ pueden ser «de especial utilidad cuando Internet es el medio utilizado para la formación y ejecución de contratos mercantiles, debido al carácter transfronterizo característico de las actividades en este medio (que no favorece la localización del contrato en un determinado ordenamiento) y al dato de que en esas normas los conflictos de intereses específicos de la contratación electrónica o internacional son objeto de mayor atención que en las

⁵⁶ Cfr. 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, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001 ps. 43 - 44, y disponible en <http://ecomder.com.ar>

⁵⁷ Los Principios UNIDROIT recopilan las normas generales que deben regir los contratos comerciales internacionales, mientras que los Principios Europeos regulan los contratos intracomunitarios o exclusivamente internos, sin limitarse a la categoría de comercial.

legislaciones nacionales... En esta línea, el empleo de los mencionados Principios de UNIDROIT en la configuración del régimen jurídico de los contratos internacionales aparece típicamente subordinado a que las partes en uso de su autonomía hayan acordado someter el contrato a los Principios o a la *lex mercatoria* (y el intérprete, con frecuencia un órgano arbitral, acuda a los Principios como expresión de la *lex mercatoria*)⁵⁸.

Si bien es innegable que los Principios UNIDROIT no han sido previstos para el contexto cibernético, un importante sector de la doctrina entiende que son compatibles con esta nueva realidad. Principalmente porque no significan un impedimento para el desarrollo del comercio electrónico en la medida que no exigen reglas particulares que no puedan conciliarse con la naturaleza misma del soporte electrónico⁵⁹.

Así, el artículo 1.2 sobre libertad de forma expresa que: «Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos».

A su turno, el artículo 1.11 (Definiciones), precisa que, «a los fines de estos Principios:... “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.»

Es decir que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 reconocen el principio de equivalencia funcional.

Sin embargo, no podemos soslayar que, además de los críticas generales a la *lex mercatoria*, y a su par, la *lex informática*, el límite más importante que tiene un instrumento como los Principios UNIDROIT es «la circunstancia de que al ser un compendio aislado, no integrado en un sistema jurídico, puede ser insuficiente en situaciones extremas para colmar las lagunas de regulación del contrato, pese a que lo elaborado de sus reglas y la flexibilidad de éstas limita mucho ese riesgo. En todo caso la eficacia de un instrumento de este tipo –que no forma parte de ningún ordenamiento jurídico– para proporcionar el régimen supletorio del contrato se subordina normalmente al previo acuerdo de las partes en ese sentido, en línea con lo dispuesto en el sistema de Derecho internacional privado que resulte de aplicación»⁶⁰.

En similar inteligencia, se ha manifestado que «es difícil que por vía de ordenamientos tan parciales, UNIDROIT alcance un «sistema» unificado

⁵⁸ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 467.

⁵⁹ Cfr. GAUTRAIS, Vincent, «Les Principes d'Unidroit face au Contrat Électronique», en *Revue Juridique Themis*, (36 R.J.T. 481), 2002.

⁶⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», en *Diritto del Commercio Internazionale*, volumen 12, N° 4, Octubre – Diciembre 1998, p. 12.

de Derecho internacional que reúna los caracteres propios de tal, es decir, generalidad, autosuficiencia y completitud»⁶¹.

IV. Criterios subsidiarios ante a falta de elección de ley aplicable

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 éstos 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 no sólo 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 informática*, 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 electró-

⁶¹ Cfr. NICOLAU, Noemi, «Unificación internacional del derecho contractual: la circulación de nuevos modelos jurídicos», en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, tomo 2001 – 3, p. 359 y ss.

nicamente celebrado. Esta última corriente, según hemos observado, es la que cuenta con mayores adeptos⁶².

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»⁶³.

Siguiendo al mismo autor, podemos afirmar que si bien el proceso es indetenible 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 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...»⁶⁴.

A. Ley del lugar de celebración del contrato

Como primera cuestión, el lugar de celebración del contrato será el que pacten las partes de común acuerdo. En ausencia de elección, el legislador procura fijarlo de acuerdo con diversas teorías, que ya hemos analizado. Observamos que la tendencia mayoritaria en la contratación empresarial es fijar el lugar de perfeccionamiento en forma coherente con la teoría de la recepción, según la cual si el contrato se perfecciona cuando

⁶² Sobre la prestación más característica puede verse FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 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.

⁶³ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 199.

⁶⁴ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *ob. cit.*, p. 199.

el oferente recibe la declaración, el lugar de celebración es el domicilio de la empresa del oferente. Evidentemente, este domicilio tanto en la contratación tradicional como en la electrónica, debe ser precisado.

Las normas suelen distinguir entre el domicilio principal y las sucursales, y ahora, en la contratación electrónica, se agrega el domicilio donde está organizado el sistema informático.

Algunas propuestas legislativas establecen la obligación de inscribirse en un registro, y fijan el domicilio del oferente en el lugar donde esté registrado y el lugar de celebración del contrato se vincula con este punto de anclaje, al decir de Lorenzetti⁶⁵.

Otro criterio, que en cambio ha tenido poca acogida es fijar el lugar de celebración donde está ubicado el servidor con el cual se celebró el contrato de acceso.

Cabe señalar que en el caso de los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos la tendencia, en cambio, es aceptar el domicilio o residencia habitual del consumidor como lugar de celebración.

Así, estudiando una legislación del derecho comparado, vigente en esta materia, el artículo 29 de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI) española⁶⁶ establece una regla especial⁶⁷ para determinar el lugar en el que se entienden celebrados los contratos electrónicos, distinguiendo según intervenga o no un consumidor como una de las partes contratantes: 1) en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, y, 2) en el caso de los contratos electrónicos celebrados entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

B. Ley del lugar de ejecución del contrato

¿Cómo determinar el lugar de ejecución de un contrato electrónico?.

⁶⁵ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.201.

⁶⁶ Su nombre completo es Ley 34/2002, de 11 de Julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico.

⁶⁷ Especial por tanto se diferencia de la regla general aplicable a los contratos celebrados a distancia, regulados por el artículo 1262 del Código Civil español que dispone: «La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». A su turno, el artículo 54 del Código de Comercio español establece en su primer apartado que: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, hallándose remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta».

A simple vista advertimos que este tipo de contratación no cuenta con un lugar específico de cumplimiento, físicamente determinable, en los casos de aquellos contratos cuyo cumplimiento es *on line*, al igual que su celebración.

Sin embargo, tal incertidumbre puede ser disipada por las propias partes que pacten, determinen, definan, precisen en el contrato que celebran por medios electrónicos qué entienden por lugar de cumplimiento o ejecución de aquél. Esta posibilidad, ante la ausencia de un marco legal o convencional específico, resulta ser lo más recomendable.

Por otra parte, ya sea por vía legislativa o bien a través de una convención internacional, la indeterminación del lugar de cumplimiento podría ser superada mediante una calificación autárquica que defina tal expresión en el contexto concreto del comercio electrónico.

C. Ley del lugar del domicilio de las partes

¿Cuál es el domicilio, la residencia, el establecimiento, la administración central de una persona o empresa que opera enteramente en el ciberespacio?

Para un importante sector de la doctrina, el concepto de domicilio o de sede o establecimiento de la empresa no resulta menoscabado por la utilización de comunicaciones electrónicas, aunque debemos reconocer que en todo caso, dificultan su localización.

Una corriente de pensamiento propone asimilar las extensiones geográficas (ar; fr; de; uk; br, etc.) de los nombres de dominio a los territorios estatales. Sin embargo, una primera dificultad son los sitios con extensiones genéricas, especialmente, los .com. Por otra parte, en muchos países aún se puede obtener una extensión geográfica nacional sin tener que justificar ningún tipo de registro físico o matriculación en ese país. Finalmente, una dirección electrónica es sumamente efímera para equipararla a un establecimiento, que se supone con carácter estable y permanente, dado que el responsable de un sitio web puede cambiar de prestatario en todo momento y por ende, cambiar de localización en pocos instantes.

Es por ello que existe cierto consenso a nivel internacional, y especialmente a nivel comunitario en cuanto a que la dirección web no puede constituir por sí sola un lugar de establecimiento, sino que solamente el domicilio real, físico de las partes, o de una de ellas es gravitatorio para indicar a través de la norma de conflicto la ley aplicable.

En efecto, la Directiva 31/2000 en sus considerandos dispone: «Se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye

una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica.» (Considerando 19).

Por su parte, esta misma doctrina ha sido receptada, entre otras realizaciones, por la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

D. Teoría de la prestación más característica

La prestación más característica del contrato «permite individualizar, identificar, la obligación que diferencia cada contrato de los demás. Es decir, se atribuye apriorísticamente al contrato internacional una naturaleza según la cual una prestación resulta más gravitante, más trascendente, que las restantes y con la suficiente virtualidad y entidad para tipificarlo, para distinguirlo de otros. La búsqueda se encamina hacia la ley más próxima a la dinámica del negocio, a su estructura interna»⁶⁸.

En efecto, con el fin de evitar el fraccionamiento que implica la aplicación de leyes diferentes para las prestaciones recíprocas originadas en un mismo contrato, la jurisprudencia inglesa recepcionó la teoría de Schnitzer (Suiza, 1945) sobre la prestación característica. Aquí se marca una diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental: mientras los tribunales ingleses aplican la ley del lugar de cumplimiento de la prestación característica, el Tribunal federal suizo adoptó desde 1966 la fórmula «domicilio del deudor obligado a cumplir la prestación característica» como punto de conexión⁶⁹.

Esta también fue la versión que acogió la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980. En efecto, el artículo 4 establece que «en la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presente una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. Se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será

⁶⁸ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2000, p. 357.

⁶⁹ Cfr. NAJURIETA, María Susana, «Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales», en *La Ley* 1986-A, 1006.

aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento»⁷⁰.

Por ende, «el domicilio del deudor es gravitatorio, no el mero lugar de cumplimiento material. A este resultado también se puede llegar armonizando los criterios del art. 1212 del Código Civil argentino, cuya última parte alude al lugar del domicilio del deudor. Consiguientemente, el criterio general de localización es el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato»⁷¹.

La determinación de la prestación más característica del contrato, de compartir esta teoría, 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 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»⁷².

⁷⁰ A partir del 17 de diciembre de 2009, entró en vigor el Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁷¹ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p.697.

⁷² 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,

Sin embargo, «la determinación del derecho aplicable conforme a los vínculos más estrechos, presenta la ventaja de ajustar la respuesta jurídica de Derecho internacional privado a las circunstancias de cada caso, pero también el inconveniente de que el derecho aplicable no es fácilmente identificable para las partes. Es una regla que tiende a operar *ex post facto*. Dificilmente podrán las partes adaptar de un modo seguro su conducta a un derecho bien determinado desde las primeras fases de la negociación. La regla es más expresión de un derecho de base judicial que de un derecho de base legal. Lo importante es buscar un mejor equilibrio entre un resultado ajustado a las circunstancias del caso y la ineludible exigencia de seguridad y de previsibilidad de respuesta jurídica»⁷³.

Además, una de las críticas más severas que ha sufrido la teoría de la prestación más característica, desde la mirada de sus detractores, está vinculada a la consolidación de la posición del contratante más fuerte, especialmente cuando intervienen partes con diverso poder negociador⁷⁴.

V. Soluciones del Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna y convencional

En el Derecho internacional privado argentino, no existen normas indirectas específicas que indiquen, a falta de previsión por las partes, el derecho aplicable especialmente a los contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos. En general, tampoco el derecho argentino cuenta con normas directas, materiales sobre comercio electrónico, salvo en lo que respecta al régimen de la firma digital⁷⁵.

A. Fuente interna: Código Civil de la Nación

El Código Civil no contiene ninguna norma expresamente consagrada

Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA* 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*. Ed. Zavalia – Fundação Boiteux, Brasil, 2006.

⁷³ Cfr. DREYZIN de KLOR, Adriana, SANTUCCIONE, Gabriela y D'ERAMO, Maria Rita, «Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», en *La Ley* 1995-D, 1037.

⁷⁴ Puede ampliarse el análisis de los aspectos favorables y criticables de la Teoría de la prestación más característica en: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., «La prestación más característica del contrato o la polémica continúa», ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999 y *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2000, ps. 356 – 358.

⁷⁵ Nos referimos a la Ley 25.506 de firma digital, aprobada el 14 de noviembre de 2001 y su decreto reglamentario 2628 del 19 de diciembre de 2002, que consagraron el principio de equivalencia funcional en el derecho argentino en materia de firma digital.

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 conexión⁷⁶, 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, basándose en 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»⁷⁷.

Por otra parte, en ausencia de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, debemos remitirnos 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, serán 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, serán 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, serán 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».

⁷⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 198.

⁷⁷ Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 678 – 679.

Como se puede observar, existe una aparente contradicción entre el artículo 1205, que somete los contratos a la ley del lugar de celebración, y los artículos 1209 y 1210, que 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 Civil⁷⁸. 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 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 Golsdchmidt 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 éste local o extranjero⁷⁹.

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. 1209 y 1210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento»⁸⁰.

En los artículos 1212 y 1213, 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, recurre a la teoría de la prestación más característica, ya analizada.

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.

⁷⁸ Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 36.

⁷⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 394.

⁸⁰ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 700.

A su vez, nuestro Código Civil se ocupa de los contratos entre ausentes en el artículo 1214: «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 domicilio⁸¹.

Estas normas indirectas, recalificando los respectivos puntos de conexión elegidos por nuestro codificador, podrían ser adaptadas al comercio electrónico, mientras no se sancionen reglas específicas. Volveremos sobre esta afirmación en nuestras conclusiones.

B. Fuente convencional: Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Mientras que el Tratado de 1889 no se pronuncia expresamente sobre la facultad de las partes de elegir la ley aplicable, en su versión de 1940, rechaza el principio (Protocolo Adicional de 1940, artículo 5)⁸².

Sin embargo, para un sector de la doctrina, si un contrato, por ejemplo es celebrado en Montevideo, y la prestación tiene lugar de cumplimiento en Buenos Aires, resultando aplicable el derecho argentino, por vía de la doctrina del reenvío, sería admisible el acuerdo de partes en tanto nuestro país acoge el principio de autonomía de la voluntad⁸³.

En consecuencia, someten los contratos a la ley del lugar de cumplimiento, siguiendo la doctrina clásica de Savigny. En efecto, el artículo 32 del Tratado de 1889 expresa que «La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.» Y la siguiente disposición establece que la misma ley rige su existencia, su naturaleza, su validez, sus efectos, sus consecuencias, su ejecución y todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto. A su turno, el artículo 37 del Tratado de 1940 contiene una disposición casi idéntica. Por su parte, el artículo 40 establece que

⁸¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª edición. Ed Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 395.

⁸² Resulta muy ilustrativo el debate suscitado en torno a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad, que consta en las Actas de ambos Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado de Montevideo. Una exégesis de éstas puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 97 y ss.

⁸³ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 392.

«Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.» Es decir, el Tratado de 1940 prevé un punto de conexión subsidiario: el lugar de celebración del contrato.

Los contratos entre ausentes se rigen por la ley del lugar de ejecución. Así, el artículo 37 del Tratado de 1889 dispone que: «La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.» Y según el artículo 42 de la versión de 1940, «La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.»

No podemos soslayar que si bien cuando Internet es utilizada como mero medio de comunicación para la celebración de un contrato sobre bienes materiales, las normas de conflicto de los Tratados de Montevideo son perfectamente aplicables; cuando, en cambio, los bienes objeto del contrato son inmateriales y la ejecución del contrato se realiza *on line*, la aplicación automática de los criterios tradicionales que adoptan la célebre obra codificadora se convierte en una tarea mucho más ardua⁸⁴.

C. Fuente convencional: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG)

El número de Estados ratificantes de la Convención de Viena de 1980, así como la aplicación generalizada por parte de jueces y árbitros, y la propia invocación de las partes como derecho aplicable a las compraventas que celebran, nos hace pensar si podría resultar aplicable a los contratos de compraventa internacional *on line*.

Recordemos que la CISG regula sólo algunos aspectos de la compraventa: la formación del contrato y las obligaciones entre vendedor y comprador (art. 4), excluyendo expresamente aspectos tales como la apreciación de la validez del contrato (art. 4.a), los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías (art. 4.b), y la responsabilidad civil del vendedor por los daños causados por las mercancías vendidas (art. 5). Además sólo cubre compraventas internacionales, y dentro de ellas, exclusivamente las de mercaderías, y aun así no todas las mercancías quedan comprendidas.

a. Ámbito de aplicación

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG), según su artículo 1.1, se aplica no sólo cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la

⁸⁴ En el mismo sentido, se pronuncia 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. 2.

ley de un Estado contratante, sino también cuando se trata de contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes miembros de la Convención.

Cabe advertir que esta condición de aplicación no es, a simple vista, tan sencilla de interpretar en el ámbito virtual, ya que las partes no necesariamente conocen el lugar de establecimiento de la contraparte.

Asimismo, la Convención de Viena establece un conjunto de normas materiales reguladoras del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Principalmente, según lo dicho, regula la formación del contrato (parte II), los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales (parte III).

Explican Garro y Zuppi, que el ámbito de aplicación de la Convención se encuentra limitado en cuatro aspectos: «En primer lugar, la Convención sólo se aplica a la compraventa internacional de mercaderías. La Convención se encarga de limitar el concepto de compraventas (art. 2° a-c) y de excluir cierto tipo de mercaderías (art. 2° d-f) de su ámbito de aplicación. En segundo lugar, el carácter «internacional» de la compraventa se encuentra limitado por el domicilio de las partes contratantes y las normas de Derecho internacional privado (art. 1°). En tercer lugar, la Convención no se aplica a cierto tipo de cuestiones relacionadas con el contrato de compraventa internacional de mercaderías (art. 4°). Finalmente, la Convención reconoce el principio de la autonomía de la voluntad, confiriendo a las partes la facultad de excluir, total o parcialmente, las disposiciones de la Convención (art. 6°)»⁸⁵.

La Convención excluye de su ámbito de aplicación las compraventas de productos para uso personal o familiar⁸⁶. Al respecto se sostiene que «la razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido la de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor. La legislación especial de protección al consumidor ha sido incorporada en estos últimos años a numerosos ordenamientos jurídicos»⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, págs. 72-73.

⁸⁶ Cfr. Artículo 2. La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad.

⁸⁷ Cfr. GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, págs. 81 - 82.

Tampoco cubre todas aquellas compraventas de servicios ya que se refiere específicamente a productos, bienes, mercaderías. En este sentido, debemos pensar si la Convención resultaría aplicable a los contratos celebrados y ejecutados en línea. Ello dependerá de la calificación, del alcance que le demos al término «bien» o «mercadería». Es decir, si lo identificamos con bienes muebles o si además consideramos que debe tratarse de bienes muebles corporales. Veamos.

b. Aplicabilidad de la CISG a los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos

Según De Miguel Asensio, en la medida que la Convención de Viena «contiene un régimen elaborado de normas sobre formación del contrato y obligaciones de las partes en la compraventa internacional tiene un gran impacto en el comercio por Internet. Sus reglas sobre forma... y formación del contrato... y notificaciones entre las partes... constituyen un conjunto elaborado de principios y normas flexibles adecuados para dar respuesta al empleo de las modernas técnicas de comunicación en la celebración de los contratos de compraventa internacional»⁸⁸.

Sin embargo, la doctrina ha manifestado que la Convención de Viena no sería aplicable a cierta categoría de contratos concluidos por Internet. Por una parte, según el artículo 2.a), no se aplica a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de esa circunstancia. Con lo cual, quedaría excluido del ámbito de aplicación de la CISG el comercio electrónico B2C.

En cierta medida, cabe advertir que en el contexto del comercio electrónico, no siempre será sencillo y evidente que el vendedor pueda tener conocimiento de la calidad de consumidor de su contraparte.

Por otra parte, resulta cuanto menos controvertido comprender dentro del concepto de mercaderías a ciertos bienes inmateriales que constituyen el objeto más usual de las transacciones por Internet, tales como programas, grabaciones musicales, libros electrónicos, susceptibles también de ser transmitidos en soporte material. Al respecto, prestigiosos especialistas afirman que: «cabe incluir en el concepto de mercadería todos aquellos bienes en formato electrónico que son susceptibles de ser transmitidos en soporte material (por ejemplo CD – ROM o *diskette*), formato en el que comercializados tradicionalmente (existe equivalente funcional entre la transmisión digital en línea y la entrega de un ejemplar en soporte material), si bien aquéllos en determinados aspectos tienden a ser equiparados a la presentación de servicios.» En cambio, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena, «las transacciones

⁸⁸ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 464 – 465.

cuyo objeto es la cesión de derechos de explotación de una creación intelectual o la cesión o licencia de derechos de propiedad industrial o *know-how*, así como los contratos de distribución de programas de ordenador y los de cesión de uso por tiempo limitado»⁸⁹.

Por otro lado, la Convención es sin dudas aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías concluidos electrónicamente, pero ejecutados *off line*.

Por su parte, cabe mencionar la primera opinión consultiva del 15 de agosto de 2003 del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC)⁹⁰, a solicitud informal de la Cámara de Comercio Internacional que inquirió sobre la compatibilidad del texto de la CISG con las comunicaciones electrónicas. Esta opinión revisa todos los artículos de la Convención en los que de algún modo u otro la utilización de comunicaciones electrónicas podrían tener incidencia. En términos generales, evidencia que la CISG es capaz de compatibilizarse con los nuevos medios electrónicos, y para ello, sugiere la forma en que éstos se podrían acomodar a su texto⁹¹.

Así, por ejemplo, el Consejo Consultivo respecto del artículo 11⁹², interpretó que el contrato podrá celebrarse o probarse por medios de comunicación electrónica ya que estima que al no exigirse ninguna forma en este artículo, la CISG permite a las partes celebrar contratos electrónicamente.

En relación con el artículo 13⁹³, interpretó que el término «por escrito» también incluye los medios de comunicación electrónicos susceptibles de ser recuperados en forma tangible. Es decir, el prerequisite de «por escrito»

⁸⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 466.

⁹⁰ El objetivo del CISG-AC es promover la promoción de la interpretación uniforme de la Convención, por lo que el precepto del artículo 7 CISG se convierte en el faro que guía al grupo. Se trata de una iniciativa privada, puesto que sus miembros no representan a sus países, ni a culturas jurídicas en particular o tradiciones legales concretas, sino que son estudiosos de la Convención que intentan responder a las cuestiones candentes, y conflictivas de la Convención. En definitiva, el principal propósito del CISG-AC es emitir opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, ya sea a pedido de parte interesada o por previa petición o a su propia iniciativa.

⁹¹ Ver GARRO, Alejandro, PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María, «Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)», en *RCE*, núm. 44, diciembre 2003, pp. 39-56, y en *Derecho y Tecnología*. Centro de Investigaciones Jurídicas y políticas N° 5/2004. Universidad Católica de Táchira, San Cristobal, Venezuela, julio – diciembre 2004.

⁹² Artículo 11 CISG. El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

⁹³ Artículo 13 CISG. A los efectos de la presente Convención, la expresión «por escrito» comprende el telegrama y el télex.

se satisface siempre que la comunicación electrónica sea capaz de cumplir las mismas funciones que un mensaje en papel: la posibilidad de guardar (recuperar) el mensaje y entenderlo (comprenderlo). Sin embargo, advierte que esta opinión no concierne a las reservas hechas por los Estados de acuerdo con el art. 96 CISG ni impone restricción alguna a los Estados que hayan hecho tal reserva, como es el caso de la República Argentina (Ley 22.765, art. 2°). Formular esta reserva implica que cuando una de las partes contratantes tenga su establecimiento en nuestro país, la celebración, modificación y extinción del contrato por mutuo acuerdo deberá revestir la forma escrita.

Asimismo, el Consejo Consultivo interpretó, adecuando a los nuevos medios de comunicación, los siguientes términos empleados por la CISG: «llega», «llegada», «envío», «verbal», «comunica», «comunicación», «medios de comunicación instantánea», «aviso».

La doctrina nacional, en general, está de acuerdo, asimismo, con esta opinión: «No hay indicación... de que la Convención buscara excluir ningún tipo específico de comunicación de su ámbito de aplicación. Ocurre simplemente que estas nuevas tecnologías no estaban disponibles en la época en que se adoptó la Convención en 1980. Por lo que estamos en presencia de una laguna que debe considerarse a la luz de los principios generales de libertad de formas y de autonomía de las partes en los que se basa la Convención (arts. 7.2, 6 y 11). Principios que sugieren una interpretación amplia inclusiva de «todas las formas de comunicación electrónica»⁹⁴.

Finalmente, cabe resaltar que la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en su artículo 20.1 establece que sus disposiciones «serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: ... Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)»⁹⁵.

⁹⁴ 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.), *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*. Ed. Zavallía – Fundação Boiteux, Brasil, 2006, p. 134.

⁹⁵ Sobre la compatibilidad de ambas convenciones, puede ampliarse en MAZZOTA, Francesco G., «Notes on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts And Its Effects on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, (33 RUTLJ 251), 2007.

D. Proyectos de reforma en la República Argentina

El más reciente 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 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 éste, 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 éste 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.

Sin embargo, lamentablemente, la Comisión designada desaprovechó la oportunidad para incorporar aunque sea algunas normas básicas destinadas a la regulación de los contratos celebrados por medios electrónicos y además omitió 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 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas, 2000), como en el reciente Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁹⁶.

⁹⁶ Puede ampliarse en: FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica y SCOTTI, Luciana B., «Dictamen del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro» (resumen), publicado en *Revista Síntesis Forense* N° 116. Septiembre / Octubre 2005. Páginas 42/49. Texto completo disponible en «Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Primera parte)», en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 26 de octubre de 2007. 20 páginas. Y Segunda parte, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Ed. Albremática, fecha de publicación: 23 de noviembre de 2007. 18 páginas.

VI. Soluciones propuestas por la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL (AADI)

Las soluciones consideradas factibles en materia de derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet del XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional – XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Luis María Drago», celebrado entre el 23 y el 25 de octubre de 2003 en San Fernando del Valle de Catamarca, Sección Derecho Internacional Privado, en lo que resulta pertinente, fueron:

1) El derecho elegido, y las normas materialmente acordadas mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes estimándose de aplicación los límites a esas formas de autonomía, derivados del orden público, normas de policía y eventualmente normas coactivas del derecho elegido.

2) Se remarca la conveniencia de arribar a normas convencionales uniformes de fuente internacional (derecho sustantivo de Internet y/o derecho conflictual de Internet).

3) Normas materiales de base legal en el Derecho internacional privado de fuente interna, especialmente adaptadas en la naturaleza de este tipo de cybercasos, con soluciones armonizadas con los estándares mínimos alcanzados a nivel internacional.

4) Como reglas subsidiariamente aplicables, en defecto de las fuentes anteriores, parece plausible proponer la aproximación funcional a los criterios ya utilizados por el Derecho internacional privado, atendiendo a la adecuación más conveniente según la diversa naturaleza que pueden presentar los casos concretos (*v.gr.* contratos celebrados y ejecutados *on line*, contratos celebrados *on line* y ejecutados *off line*, contratos B2B, B2G, B2C, C2C, P2P, etc):

a) La ley del lugar de cumplimiento,

b) La ley del lugar de emisión de la oferta o del domicilio de origen; la ley del lugar de recepción, que se da cuando entra el mensaje en el sistema de información del destinatario, (analog. lugar de celebración).

c) La ley del lugar de domicilio o residencia habitual de ambas partes (*depeçage*, analog. art. 1214 del cód. civil)

d) Se destaca la necesidad de prever o utilizar cláusulas escapatorias que permitan al juzgador liberarse de soluciones rígidas y elegir el derecho más adecuado a la naturaleza del caso, con un criterio de mayor proximidad.

e) En contratos de consumo parece recomendable adoptar la ley del domicilio o residencia habitual del consumidor, o la ley del domicilio del proveedor, vendedor o prestador de servicios, cuando ésta fuera más favorable.

f) Aplicación de una *cyberlaw* o *lex mercatoria* adaptada a la modalidad del ciberespacio.

g) Aplicación de principios de derecho uniforme generalmente aceptados.

Tal como podemos observar, las conclusiones de la A.A.D.I. sobre este particular coinciden, en gran medida, con las propuestas y opiniones imperantes en la doctrina nacional e internacional.

VII. Soluciones en la Unión Europea

Después de arduos trabajos, el 17 de junio de 2008, fue aprobado el Reglamento (CE) N° 593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009 y se aplica a los contratos celebrados a partir de esa fecha.

Según el artículo 24, el Reglamento sustituye al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado. Tales serían, en principio, los casos de Irlanda, Reino Unido y Dinamarca⁹⁷. En efecto, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no ha participado en la adopción del Reglamento. Dicho país, por lo tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación. En cambio, Irlanda y Reino Unido están vinculados por el Reglamento, ya que Irlanda notificó, ya durante los trabajos preparatorios del Reglamento, su deseo de participar en la adopción y aplicación del nuevo instrumento; y por su parte, el Reino Unido, después de haber notificado su decisión de no participar en la adopción del Reglamento, finalmente ha comunicado su solicitud de aceptar el Reglamento⁹⁸.

En consecuencia, en la medida en que sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma para los restantes miembros de la Unión Europea, se entenderá que toda remisión a éste se refiere al Reglamento.

⁹⁷ En efecto, disponen los siguientes considerandos del Reglamento: (44) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento. (45) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 del mismo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación. (46) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

⁹⁸ Cfr. Decisión de la Comisión 2009/26/CE de 22 de diciembre de 2008 (DOUE L 10, de 15 enero 2009).

La nueva norma comunitaria reproduce en gran medida las disposiciones del Convenio de Roma.

En términos generales, una de las diferencias más significativas está relacionada a las reglas para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes.

De acuerdo al artículo 4 del Reglamento, a diferencia del Convenio, en defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para cada tipo particular de contrato⁹⁹. Sólo en el caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad.

Pero si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en cada caso, una cláusula de escape establece que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

A su turno, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados ni por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta también, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

Si bien el nuevo Reglamento no contiene normas específicamente destinadas a los contratos celebrados a través de medios electrónicos, en materia de contratos de consumo (artículo 6) según el Considerando 24, deja constancia que resulta necesario tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. Asimismo, invoca la exigencia de coherencia con el Reglamento (CE) N° 44/2001. Por ende, se refiere a la «actividad dirigida» como condición para aplicar la norma protectora del consumidor. Este concepto debe ser objeto de una interpretación armoniosa en ambos Reglamentos. En este sentido, recordemos que una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del

⁹⁹ Contratos de compraventa de mercaderías; contratos de prestación de servicios, contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o de arrendamiento de un bien inmueble; contratos de franquicia, contratos de distribución, contratos de venta de bienes mediante subasta, contratos celebrados en un sistema multilateral. (artículo 4, inc. 1, a) a h).

Reglamento (CE) N° 44/2001 especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Esta declaración aclara también que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

En esta inteligencia, el artículo 6 dispone que «el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.»

Por ende, en el reciente Reglamento el ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el artículo 15 del Reglamento de Bruselas. Y eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

VIII. 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, 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 ordenes jurídicos estatales y convencionales, el legislador apela, en ocasiones, a presunciones, ficciones, tan comunes en el universo del Derecho, que permitían 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 inasible 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 éstos,

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.

En esta inteligencia, entendemos que la primera cuestión sobre la que debemos interrogarnos cuando estamos ante un contrato celebrado por medios electrónicos es acerca de su carácter doméstico o internacional. Sólo en el segundo caso, es decir cuando el contrato presente elementos extranjeros objetivamente relevantes, tendrán operatividad las normas y principios del Derecho Internacional Privado y por ende, podrá desplegar todos sus efectos la autonomía de la voluntad para preseleccionar principalmente la ley aplicable al fondo del contrato, a través de la cual, se resolverán las eventuales controversias que pudieren surgir.

Seguidamente, tendremos que preguntarnos si es un contrato entre empresarios, profesionales o interviene un usuario o consumidor, siendo por tanto, un contrato de consumo. Sabia distinción que tiene en cuenta la presencia de una parte más débil en su poder de negociación y que se traslada al comercio electrónico, cuando diferenciamos entre el B2B y el B2C.

De la misma protección especial que goza el consumidor en las normas de Derecho internacional privado que tienden a limitar la autonomía de la voluntad en el mundo real, debe disponer el ciberconsumidor, que en cierta medida, se encuentra en un nivel más elevado de debilidad en tanto al desequilibrio ya tradicional, se le suma la asimetría en el conocimiento de las tecnologías que utiliza como medio de celebración y/o ejecución de su contrato.

Otra distinción que también tiene trascendencia en el ciberespacio en materia contractual está vinculada a la modalidad en que se perfecciona el consentimiento, con incidencia directa a los fines de determinar el momento y el lugar donde se entiende celebrado el contrato. Nos referimos a la clásica clasificación entre contratos celebrados entre presentes y entre ausentes, pues así como los espacios y técnicas conocidas permiten ambas modalidades, las nuevas tecnologías también habilitan a las partes a concluir contratos en los que ambas se encuentran virtualmente presentes y la oferta y aceptación se intercambian simultáneamente, como el denominado *chat*, la teleconferencia, o sistemas análogos, y en otras oportunidades podrán optar por un intercambio de oferta y aceptación en el que medie un distanciamiento temporal más o menos considerable como es el caso del *e-mail* o correo electrónico, que hace las veces de las antiguas cartas y de los telegramas.

Tampoco es posible soslayar la diferenciación propia del comercio electrónico, entre contratación directa e indirecta, que tiene consecuencias significativas dado que principalmente es en el primero, en el que tanto la

celebración como el cumplimiento de las prestaciones se lleva a cabo *on line*, donde se advierten dificultades adicionales para determinar el asiento de la relación contractual y consiguientemente, la ley aplicable.

La autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito jurisdiccional, como respecto de la elección de la ley aplicable, de la que nos ocupamos en este trabajo, 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 las siguientes aclaraciones.

Evidentemente, respecto del lugar de ejecución, punto de conexión elegido por Vélez Sarsfield en el Código Civil Argentino y vigente en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, mientras que en el comercio electrónico indirecto, no crea dificultades adicionales y peculiares, en el comercio electrónico directo, los problemas para su localización pueden ser superados si los contratantes pactaron un lugar de cumplimiento, aun cuando resulte ficticio, pues en definitiva la transacción se ejecuta en línea. De no ser así, se podría recurrir, en materia de comercio B2B a la teoría de la prestación más característica, entendiendo que el prestador más característico es el denominado proveedor de servicios de la información.

Por su parte, si optamos por el lugar de celebración, como en subsidio, recurre el Tratado de Montevideo de 1940, su localización dependerá de la teoría adoptada por cada ordenamiento jurídico respecto del perfeccionamiento de los contratos. En general, en los contratos entre empresas, se considera que el lugar de celebración coincide con el domicilio

o establecimiento del proponente, en consonancia con la teoría de la recepción, de amplia acogida en el derecho comparado. En cambio, en los contratos de consumo, se entiende que se encuentra en el lugar de la residencia habitual del consumidor.

Si la opción es a favor del domicilio de los contratantes, como indica el artículo 1214 del Código Civil para los contratos entre ausentes cuando no se hubiere fijado lugar de cumplimiento, o del domicilio del prestador más característico en el B2B o de la residencia habitual del consumidor en las relaciones B2C, será siempre necesario localizar el domicilio o establecimiento real, físico de los contratantes, para lo cual resultará imperioso su indicación expresa y precisa por las partes en virtud del principio de buena fe negocial. Obligación jurídica que debería recaer en todos los prestadores de servicios de la información, tal como dispone la Directiva N° 31/2000 de la Unión Europea y la Resolución GMC N° 21/04 del Mercosur sobre Derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet.

En consonancia con lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005, debe distinguirse el establecimiento real de los domicilios virtuales, en páginas web o correos electrónicos, que no generan presunción fiable alguna dado el carácter efímero y desconectado con la realidad que poseen. Tampoco puede considerarse establecimiento el lugar donde se encuentra el servidor o el equipo o la tecnología utilizados por cada una de las partes.

Otra alternativa es optar, sin más, por conexiones flexibles (*the proper law of the contract*) al estilo de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que a simple vista parecería adaptarse más fácilmente al ciberespacio. Sin embargo, podemos caer, a nuestro entender, en un alto grado de discrecionalidad por parte de los jueces y una consecuente carencia de criterios jurisprudenciales uniformes, que genera inseguridad jurídica, no deseable, censurable en el mundo del Derecho.

Por su parte, las conexiones intermedias, del tenor de las adoptadas por la Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, sustituida por el Reglamento N° 593/2008 a partir del 17 de diciembre de 2009, podrían resultar idóneas en el contexto del comercio electrónico en tanto las presunciones que indican cuál es el derecho más estrechamente vinculado al contrato nos conducen al lugar de ejecución de la prestación más característica o al lugar del domicilio del prestador más característico, que pueden adaptarse sencillamente pues también en los contratos electrónicos suele existir una prestación que identifica, que diferencia al contrato. Claro que las mismas críticas de las que es pasible la Teoría de la prestación más característica formulada para los contratos internacionales tradicionales, se trasladan cuando cobran operatividad en el ciberespacio.

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», amerita la limitación de la autonomía de la voluntad y la protección por las leyes más favorables del lugar de su residencia habitual.

En cualquier caso, desechamos como ley aplicable a la contratación internacional celebrada por medios electrónicos, la llamada *lex informatica*, *lex electrónica* o *cyberlaw*, ya que carece de autonomía y autosuficiencia para erigirse en un ordenamiento jurídico preciso y acabado que brinde soluciones a las múltiples controversias contractuales que pueden tener lugar en Internet. Las críticas de que ha sido objeto su antecesora y mentora, la *lex mercatoria*, se agigantan en el ciberespacio. Sus límites imprecisos, vagos y el déficit democrático de su gestación son mucho más notorios y fundados, al menos hasta el presente, en esta suerte de ley de y para Internet.

Esta pretendida autorregulación, cuyo trasfondo ideológico no puede perderse de vista, no constituye un conjunto de reglas libremente convenidas y creadas por la totalidad de los cibernautas, sino que refleja la imposición de los grandes operadores de la red de un nuevo derecho creado a su medida e interés, en desmedro de los «pequeños y medianos» internautas que gracias al acceso prácticamente ilimitado a Internet, intervienen, compran, venden, se comunican, negocian en su ámbito.

En definitiva, 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 representan una amenaza para el Derecho internacional privado, sino una oportunidad para demostrar su dinamismo, funcionalidad y vigente actualidad.