

Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado

Por Mario J. A. Oyarzábal

SUMARIO:

I. Internet y territorialidad. Conflictos de jurisdicciones en un ambiente digital.- II. Arbitraje.- III. Elección de jueces argentinos o extranjeros.- IV. Juez del domicilio argentino del demandado.- V. Juez del lugar de cumplimiento del contrato.- VI. La protección del consumidor internauta mediante un "foro del demandante" argentino.- VII. Internet como una nueva jurisdicción: el arbitraje *on line*

I. INTERNET Y TERRITORIALIDAD. CONFLICTOS DE JURISDICCIONES EN UN AMBIENTE DIGITAL

La Internet es una *red de redes*, un sistema global de información que está lógicamente unido por un espacio global único de direcciones basado en el protocolo IP. (*Internet Protocol*) o sus subsecuentes extensiones, que es capaz de soportar comunicaciones usando la serie de protocolos TCP/IP (*Transmission Control Protocol*) o sus subsecuentes extensiones, y/u otros protocolos IP. compatibles, y que ofrece, usa o hace accesible, ya sea pública o privadamente, servicios de alto nivel soportados en las comunicaciones e infraestructura relacionada descrita (1). Esta red de redes conecta a millones de computadoras y usuarios de todo el mundo. Pero es una malla concebida sin un nudo central, sin organización estructurada, sin administración unificada (con excepción de la adjudicación de nombres de dominio), ni identificación precisa de la ruta que sigue la información transmitida de una computadora a otra (2).

La Internet plantea algunas dificultades únicas para la doctrina del Derecho Internacional Privado, porque trasciende las fronteras políticas pero existe en un mundo legalmente compartimentalizado. En las transacciones tradicionales, los participantes saben con quién están tratando y dónde tienen lugar los hechos. La red

permite transacciones entre personas que no conocen, y en muchos casos *no pueden conocer*, la ubicación de su contraparte. Los usuarios de Internet tienen "direcciones" dentro de un espacio *virtual*, pero no están conectadas necesariamente con jurisdicciones físicas (3).

El objeto de este estudio es analizar si este mundo virtual es compatible con los métodos de solución de controversias del comercio internacional, tal como existen en la actualidad. Si los criterios de localización de la competencia internacional, que reposan fundamentalmente en el principio de territorialidad, son adecuados para dirimir las controversias derivadas de la utilización comercial de la Internet. Especialmente, examinaremos las normas argentinas de jurisdicción internacional actuales, a fin de examinar su aplicabilidad a los eventuales litigios que se susciten entre las partes de contratos multiestatales del ciberespacio, tanto los relativos a la provisión de servicios de Internet o a la entrega a través de la red de productos o servicios sin soporte físico (llamado comercio electrónico *directo*), como los relativos a bienes materiales o servicios cuya ejecución no está vinculada a Internet pero que han sido concluidos por esa vía (llamado comercio electrónico *indirecto*).

Para ello partimos de una premisa fundamental: *no hay ciberespacio sin espacio real, en lo que al Derecho*

(1) Definición aprobada por resolución del US Federal Networking Council (FNC.) del 24/10/1995.

(2) Sirelli, Pierre, "L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l'Etat?", en, *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet organized by the Molengraaff Institute of Private Law, University of Utrecht and the Hague Conference on Private International Law, editado por Katharina Boele-Woelki y Catherine Kessedjian, *Kluwer Law International, The Hague*, 2000, p. 2. Muy recomendable también es la obra de Grewich, Klaus W., "Governance in 'Cyberspace', Access and Public Interest in Global Communications", *Kluwer Law International, The Hague*, 1999.

(3) Ver Symeonides, Symeon C.-Collins Perdue, Wendy y von Mehren, Arthur T., "Conflict of Laws: American, Comparative, International", *West Group, St. Paul, Minn.*, 1998, p. 894 y ss., y la bibliografía citada.

Internacional Privado concieme (4). Los actos se realizan siempre en algún lugar, y sus efectos se producen también en algún lugar en el espacio real. Y no hay ningún acto o efecto, sea que ocurra en alta mar, sobre territorios *nullius*, los espacios cósmicos o aun en el ciberespacio, que no pueda ser conectado con algún derecho estatal. Sólo que ahora es más difícil (5). Los desafíos creados por la revolución de la información global no son nuevos. Son problemas de grado, no de sustancia (6).

Tampoco los principios generales que regulan los conflictos de jurisdicciones han variado: la exigencia de un contacto razonable entre el caso o las partes y el foro, el derecho efectivo de acceso a la justicia y el equilibrio entre las partes. Ellos constituyen el fundamento de las normas de jurisdicción internacional y han de orientar siempre su interpretación y aplicación.

Empero, es necesario examinar si las normas especiales, convencionales, legales o jurisprudenciales, que determinan la competencia internacional de los tribunales argentinos en materia contractual, son adecuadas al fenómeno de la mundialización de las comunicaciones, o si deben ser adaptadas a fin de que continúen garantizando la realización de la justicia.

En este orden de ideas, estudiaremos primeramente la autonomía de las partes en la elección de árbitros (§II) o de jueces (§III) extranjeros. En segundo lugar, examinaremos el funcionamiento de las normas de jurisdicción internacional subsidiarias a falta de prórroga: domicilio del demandado (§IV) y lugar de cumplimiento del contrato (§§V y VI). El último párrafo será destinado al análisis del arbitraje *on line* y el futuro de lo que ha dado en llamarse "justicia virtual" (§VII).

II. ARBITRAJE

En las disputas suscitadas entre las partes de contratos internacionales, la justicia estatal es a menudo desplazada en beneficio del arbitraje, de la mediación o de otros métodos no coactivos de solución de controversias (7). El peculiar contexto de las relaciones jurídicas privadas derivadas de Internet —típicamente transnacionales, frecuentemente condicionadas por aspectos

técnicos o relativas a relaciones, bienes o servicios propios de la red, y especialmente necesitadas de soluciones rápidas, etc.—, explica que se promueva en su ámbito la utilización de mecanismos de solución extrajudicial de litigios (8).

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (9) cuenta con un mecanismo de tipo arbitral de solución de controversias en materia de dominios genéricos de nivel superior (gTLD) .com, .net y .org, que se rige por la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio aprobada por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN.) el 26/8/1999, así como por el Reglamento de la Política Uniforme de la ICANN. aprobado el 24/10/1999 y por el Reglamento Adicional elaborado por el Centro de la OMI., que entró en vigor el 1/12/1999. Para los nuevos gTLD .aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name y .pro, se han establecido políticas específicas de solución de controversias que, en la fase inicial de puesta en marcha o período de arranque de los dominios, pueden condicionar la posibilidad de aplicar la Política Uniforme. La Política Uniforme proporciona a los titulares de derechos de marcas un mecanismo administrativo eficaz para la solución de controversias derivadas del registro de mala fe y uso abusivo, por parte de terceros, de nombres de dominio de Internet que infringen el derecho de marcas, actos comúnmente conocidos como "ciberocupación". Los recursos disponibles se limitan a la cancelación del nombre de dominio o su cesión al demandante. El mecanismo no excluye la posibilidad de recurrir a los tribunales competentes antes de iniciado el procedimiento o después de su conclusión. Dentro de los diez días de notificada la resolución del Grupo de Expertos que decide la cancelación o cesión del nombre de dominio, el demandado podrá iniciar una demanda judicial contra el demandante para impedir su ejecución. En general, esa jurisdicción será el domicilio de la oficina principal del registrador o el que figura a su nombre en la base de datos "Whois". El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMI. es reconocido actualmente como el principal proveedor de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio.

(4) Kronke, Herbert, "Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace", en *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, cit., p. 65.

(5) Kronke, Herbert, "Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace" cit., ps. 65 y 66.

(6) Fentiman, Richard, "Conflicts of Law in Cyberspace", *International Federation of Computer Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law*, 1996, Brussels, p. 28, nota 5.

(7) Ver el excelente estudio de Uzal, María E., "Solución de controversias en el comercio internacional", 1992, Ed. Ad-Hoc, p. 41 y ss.

(8) De Miguel Asensio, Pedro A., "Derecho privado de Internet", 2001, Ed. Civitas, Madrid, p. 448.

(9) <http://www.OMPI.int>.

Además de su rol en el campo de los gTLD, el Centro también presta servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio correspondientes a códigos de países (ccTLD). El Programa de la OMPI para los ccTLD fue lanzado el 3/8/2000, con la transmisión de una comunicación a los administradores de todos los ccTLD, en la que la OMPI ofrecía su asistencia para el diseño de procedimientos adecuados de solución de controversias, como complemento de los procedimientos judiciales tradicionales, destinados a resolver las controversias sobre nombres de dominio de un modo expeditivo y económico, así como la provisión de servicios de solución de disputas a través del Centro de Arbitraje y Mediación a todo administrador de ccTLD que desee recurrir a él a tal fin. El Administrador del Dominio Argentina de Internet NIC-AR (10) no ha reconocido al Centro de la OMPI como proveedor de servicios de solución de controversias.

En la Unión Europea, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8/6/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la informatización, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), Diario Oficial n. L 178 de 17/7/2000 P. 0001-0016 (11), impone a los Estados miembros la obligación de velar porque sus legislaciones permitan, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y su destinatario, utilizar de forma efectiva los mecanismos de solución extrajudicial existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. Los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, deberán actuar de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas.

Entre los países del Mercosur es aplicable el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual aprobado en Buenos Aires en 1994, que permite a las partes de contratos internacionales acordar la prórroga a favor de tribunales arbitrales (art. 4). El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre

el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, aprobados por ley 25223 (B.O. 29308, del 5/1/2000) y ratificados el 30/3/2000, serán asimismo aplicables a los contratos internacionales de Internet comprendidos en su ámbito de aplicación, cuando entren en vigor.

En el derecho internacional privado argentino de fuente interna, el art. 1 CPCCN autoriza la prórroga de la jurisdicción internacional a favor de árbitros que actúen fuera de la República, siempre que se trate de una controversia comercial de índole internacional. El término "comercial" debe ser interpretado ampliamente de modo que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación jurídica de índole comercial, sea o no contractual (art. II, Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 1958. Ver también la nota al art. 1 Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI el 16/12/1996 [12]). Sumariamente, los contratos vinculados a Internet son de venta de bienes materiales, de prestación de servicios y de licencia de utilización (13). Entre los litigios no contractuales, están los relativos a los derechos de propiedad en la web y los surgidos de la utilización activa de la Internet con finalidad comercial.

Además se exige la internacionalidad del asunto por la presencia de elementos de extranjería relevantes. Generalmente un asunto es internacional cuando las partes están domiciliadas o residen en países diferentes. La ubicación de los sistemas de información del iniciador y del destinatario de un mensaje de datos no es un elemento determinante. Sólo el lugar del establecimiento -o, en su defecto, de la residencia habitual de las partes- es relevante. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico propugna acertadamente este criterio en el art. 15.4.

La cuestión de la forma de la cláusula arbitral concluida electrónicamente no plantea dificultades especiales. La tendencia de los textos internacionales modernos es asimilar el mensaje EDI. (*Electronic Data Interchange*) al documento papel (14). Así, el art. 7.2 Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional de

(10) NIC-AR (*Network Information Center Argentina*) es la sigla que, siguiendo las prácticas internacionales en la materia, identifica al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto - Dirección de Informática, Comunicaciones y Seguridad, en su carácter de registrador del dominio de nivel superior AR, <http://www.nic.ar>.

(11) <http://www.europa.eu.int>.

(12) <http://www.uncitral.org>.

(13) Gautrais, V.-Lefebvre, G., y Benyekhlef, K., "Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la *lex electronica*", *Revue de Droit des Affaires Internationales* (RDAI.), 1997, p. 568.

(14) Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?", en *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, cit., p. 128.

1985 (15) indica que "se entenderá que el acuerdo (de arbitraje) es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo" (la bastardilla es nuestra). Y en el mismo sentido, el art. 6.1 Ley Modelo sobre Comercio Electrónico prevé que "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta". Se trata, en definitiva, de probar la existencia de un verdadero acuerdo de voluntades.

Los dos acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur citados condicionan la validez de la cláusula arbitral concluida por "correo electrónico o medio equivalente" a que sea confirmada por documento original (art. 6.3). Pero en definitiva la convención arbitral se considerará válida si cumple con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados parte con el cual el contrato tiene contactos objetivos (art. 6.5).

Cabe agregar, por último, que NIC-Argentina no actúa ni como mediador ni como árbitro, ni interviene de ninguna otra manera en los conflictos entre los registrantes y/o solicitantes y/o terceros, relativos al registro o uso de un nombre de dominio (Regla 8, Reglas del Registro, B.O. 29471 del 29/8/2000).

III. ELECCIÓN DE JUECES ARGENTINOS O EXTRANJEROS

Como cualquier otro contrato internacional, el celebrado por Internet puede incluir una elección de foro. La prórroga de jurisdicción internacional podrá ser acordada en las condiciones establecidas en el art. 1 CPCCN. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472) o en los tratados internacionales ratificados por nuestro país (e.g. art. 56 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; y arts. 4 a 6 Protocolo de Buenos Aires) (16). La atribución convencional de jurisdicción contribuye a dotar de seguridad jurídica al contrato al minimizar la incertidumbre sobre competencia

en un ámbito en que los precedentes son todavía escasos (17).

La pregunta clave es si el principio de la autonomía de la voluntad es aplicable en materia de Internet, aun cuando el tribunal elegido se encuentre al otro lado del mundo y uno de los contratantes carezca de los medios para llevar adelante un proceso en aquel lugar. ¿No se está en el límite de lo que la doctrina alemana llama *Zumutbarkeit*? (18). La respuesta no es sencilla. Generalmente, la sola circunstancia de que el tribunal prorrogado se encuentre en un lugar excesivamente lejano, no basta para desvirtuar la eficacia de la prórroga. Incluso si se trata de una cláusula de prórroga inserta en un contrato celebrado por la adhesión de una de las partes a condiciones generales predispuestas típicamente. Porque el modo de resolución de litigios eventuales constituye un elemento del cálculo del riesgo comercial y del costo de la transacción. En todo caso, habrá que verificar especialmente si la existencia de una irrazonable disparidad de poder negociador (*unfair disparity of bargaining power*) permitiría invalidar el consentimiento, por no mediar el libre acuerdo de voluntades que requiere el art. 1. La conformidad de las partes debe ser juzgada de acuerdo con las realidades de la contratación moderna, atendiendo a criterios concretos como la naturaleza de las personas y la excusabilidad del error del adherente. Cabría considerar incluso la elaboración de criterios específicos del comercio electrónico. En todo caso, las características básicas de la cibercontratación deben ser siempre tenidas en cuenta. Aunque más no sea para descartar soluciones tradicionales, como es la distinción entre el consumidor pasivo que es buscado en su propio país y el que ha sido activo en comenzar las negociaciones y finalmente llegar a un acuerdo, distinción que se desdibuja cuando el contrato es concluido por Internet (19). Además del criterio de validez del consentimiento, es claro que el juez argentino prorrogado puede declinar su jurisdicción y el juez argentino derogado asumirla, si el imperativo del acceso efectivo a la justicia o de interdicción de un foro abusivo o exorbitante lo exigen, con base en el principio federal del debido proceso (art. 18 CN. [LA 1995-A-26]).

(15) <http://www.uncitral.org>. Ver Garro, Alejandro M., "El arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional...", 1990, *JUS- Revista Jurídica*, La Plata, ps. 12 a 14.

(16) Ver Weinberg de Roca, Inés M., "Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras", 1994, Ed. Astrea, p. 7 y ss., y la legislación y jurisprudencia citadas en esta excelente obra.

(17) Yagura, Ryan, "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?", *IDEA- The Journal of Law and Technology*, vol. 38, 1998, p. 318.

(18) Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?" cit., p. 122.

(19) Kronke, Herbert, "Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR", *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1996, ps. 985 y 988.

En cuanto a la prueba del acuerdo de elección de foro, la información accesible para consulta posterior a que se refiere el art. 6.1 Ley Modelo sobre Comercio Electrónico debe cubrir la manifestación de voluntad de ambas partes, sin que sea necesario que las dos hagan referencia expresamente a la cláusula del contrato (20).

IV. JUEZ DEL DOMICILIO ARGENTINO DEL DEMANDADO

En ausencia de cláusula de elección de foro, el actor podrá demandar al deudor en la Argentina si el deudor tuviere su domicilio o residencia en el país, aunque el contrato deba cumplirse en el extranjero (art. 1216 CCiv.; art. 56 párr. 2º Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940; y art. 7 b Protocolo de Buenos Aires). La referencia al "deudor" ha de entenderse en un sentido puramente procesal como el deudor demandado a cumplir la prestación con miras a la cual la demanda fue incoada (*forum defensoris*), se trate del proveedor del servicio o del cliente destinatario del mismo.

Ahora bien: el domicilio del demandado es gravitatorio, no la mera ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la red o la localización física de sus computadoras. El deudor, en caso de ser perseguido, podría desplazar fugazmente su sitio al extranjero para evadir el sometimiento a la justicia, buscando refugio en los territorios más clementes de los llamados "paraísos numéricos". Sólo el criterio domiciliario nos ofrece un principio perenne de localización.

Sin embargo, la transnacionalidad de la red, la fugacidad y volatilidad de los contenidos y la propia estrategia de los actores pueden dificultar la averiguación del domicilio del demandado, haciéndola en ocasiones imposible. Por ello, se preconiza una interpretación relativamente amplia del concepto de domicilio, cuando ese foro resulte apropiado para realizar los fines de la justicia. Si aún así no es posible determinar el domicilio actual del demandado, pero existen elementos suficientes que lo vinculen con el país, los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado *foro de necesidad*, cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia.

V. JUEZ DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El art. 1215 CCiv. establece además la jurisdicción de los tribunales argentinos en litigios contractuales cuando la obligación que dio origen a la demanda debió ser cumplida en la República, aunque el deudor no esté domiciliado ni resida aquí. El Protocolo de Buenos Aires también abre el foro del "lugar de cumplimiento" en el art. 7 a.

La prestación cuyo cumplimiento se demanda judicialmente puede coincidir con la prestación característica. En el caso de una compraventa de bienes materiales concluida por Internet, el comprador-actor podría reclamar el cumplimiento de la obligación típica en el domicilio del vendedor, pero también en el lugar de entrega de las mercaderías. El hecho de que el contrato se celebre por Internet no lo hace diferente, pues, de cualquier otra compraventa. También los contratos cuya ejecución está ligada a la Internet implican actividades materiales que pueden, en mayor o menor medida, situarse en el espacio real. Las obligaciones del proveedor de servicios de Internet o de productos o servicios en formato electrónico a través de la red, son generalmente localizables en el domicilio o el establecimiento del deudor de la actividad.

Si, en cambio, es el vendedor o proveedor actor el que reclama el pago del precio de las mercaderías o servicios que ya cumplió, parece que debería demandar en el lugar donde el pago debió ser cumplido. Ahora bien, los nuevos medios de pago utilizados por Internet carecen casi completamente de virtualidad localizadora. Además de la presentación segura de tarjeta de crédito (*Secure Electronic Transaction -SET-*), existen dos categorías de esquemas de pago digital para abonar las compras hechas por Internet: el dinero electrónico y los sistemas de crédito-débito. Con los sistemas de dinero virtual o *e-money* como *DigiCash* (21) y *NetCash* (22), los clientes adquieren certificados de dinero electrónico (ciberdólares) de un proveedor de ese tipo de dinero como el *Mark Twain Bank* (23). El pago se realiza en dólares a través de una cuenta abierta previamente con el banco, o por medio de una tarjeta de crédito o de débito o de un cheque electrónico. El banco emite entonces el dinero electrónico que representa el valor mo-

(20) Kropholler, Jan, "Europäisches Zivilprozessrecht", 1996, Heidelberg, p. 228, citado por Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?" cit., p. 129.

(21) Chaum, David, "Achieving Electronic Privacy", *Scientific American*, August 1992, ps. 96 a 101. <http://www.digicash.com>.

(22) Medvinsky, Gennady y Neuman, B. Clifford, "NetCash: A Design for Practical Electronic Currency on the Internet", en *Proceedings of the First ACM Conference on Computer and Communications Security*, November 1993. <http://www.isi.edu/gost/info/netcash>

(23) <http://www.marktwain.com/ecash.html>.

netario cargado y almacenado en un soporte electrónico, normalmente un *chip* o la memoria de la computadora del cliente. El cliente podrá gastarlo en compras electrónicas con comerciantes que acepten ese dinero virtual. Los comerciantes podrán, a su turno, depositar los certificados en las cuentas propias que tengan abiertas con el proveedor o gastarlos en nuevas compras electrónicas. En los modelos que usan el sistema de crédito-débito como NetBill (24), First Virtual y Net-Cheque (25), un intermediario electrónico mantiene cuentas para los comerciantes y para los clientes y autoriza pagos contra dichas cuentas, que pueden ser de crédito o de débito. Las cuentas están ligadas a instituciones financieras convencionales. En el caso de NetCheque, los clientes pueden elegir el proveedor de su cuenta. La cuenta funciona de modo similar a una cuenta corriente convencional: su titular emite títulos electrónicos que contienen el nombre del librador, de la entidad financiera y del tomador, el número de identificación de la cuenta y el monto del cheque. Lleva la firma electrónica del librador y debe ser endosado, también electrónicamente, por el tomador antes de ser presentado al cobro. Frente a tanta desmaterialización del pago, ¿tiene todavía algún sentido atribuir jurisdicción internacional a los jueces del lugar de ejecución de una deuda de dinero? (26). Salvo que el lugar de pago esté determinado en el contrato, cuando el contrato es de ejecución enteramente virtual (consejos de inversión *on line*, por ejemplo), sólo las jurisdicciones del domicilio del proveedor del servicio y del domicilio del cliente quedan en el campo de juego (27).

VI. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR INTERNauta MEDIANTE UN "FORO DEL DEMANDANTE" ARGENTINO

Pero, según una interpretación amplia del "lugar de cumplimiento" que ya ha tenido recepción jurisprudencial, los arts. 1215 y 1216 CCiv. dan al actor la posibilidad de entablar la demanda en el país donde él debió cumplir y cumplió, a fin de reclamar el cumplimiento de una obligación del demandado (28). En el contexto

de la internet, esta interpretación conduce a consagrar un foro del demandante.

En efecto, la obligación del contratante que ofrece el suministro en formato electrónico de productos o de servicios a través de la red se limita frecuentemente a hacer posible que el cliente acceda al sistema en el que almacena la información requerida y la consulte (*make the data available to the average user*), o, a lo sumo, obtenga una copia mediante la transmisión a su propia base de datos. Por lo que la prestación característica se cumple físicamente en el domicilio del deudor que debe cumplir la prestación característica. En suma, si es el proveedor o dador de la licencia el que intenta la acción, podrá sistemáticamente demandar en su propio domicilio. Es cierto que con la multiplicación de los pagos electrónicos efectuados con anterioridad a toda prestación, las acciones judiciales intentadas por el prestatario serán raras (29). Pero si deben ser intentadas, el actor podrá litigar en su domicilio.

En cambio si es el cliente destinatario de los bienes o servicios o el licenciatarío el que reclama el cumplimiento de la prestación típica, no tendrá derecho al foro del demandante, salvo cuando el lugar de pago fijado por el contrato sea en su domicilio. Porque si no hay lugar designado, parece que el precio debe abonarse en el establecimiento o domicilio del vendedor (arts. 1209, 1210 y 1212 CCiv.; art. 461 CCom. y arts. 749, 1410 y 1424 CCiv.; art. 57 a Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980).

El foro del demandante crea, pues, un desequilibrio injustificado entre las partes. Internet abre a los proveedores de productos y servicios un mercado planetario. Y el consumidor internauta concluye contratos con personas que están, si no al otro lado del mundo, sí más lejos que en el caso del *teleshopping* o de la venta por correspondencia. Por lo que, a falta de un foro más próximo que el del domicilio del demandado, la ausencia de un foro del demandante podría privar al consumidor internauta de su derecho de acceso a la justicia (30).

(24) Sirbu, Marvin y Tygar, J. Douglas, "Netbill: An Electronic Commerce System Optimized for Network Delivered Information and Services", en *Proceedings of IEEE Compcon '95*, March 1995. <http://www.netbill.com>.

(25) Neuman, B. Clifford y Medvinsky, Gennady, "Requirements for Network Payment: The NetCheque Perspective", en *Proceedings of IEEE Compcon '95*, March 1995. <http://www.isi.edu/gost/info/netcheque>.

(26) La profesora de la Universidad de Ginebra Gabrielle Kaufmann-Kohler ha puntualizado magistralmente las críticas a dicho criterio, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?" cit., ps. 132 y 133.

(27) Kessedjian, Catherine, "Rapport de synthèse", en *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, cit., p. 151.

(28) Boggiano, Antonio, "Derecho internacional privado", t. I, 1991, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 252 a 254.

(29) Kessedjian, Catherine, "Rapport de synthèse" cit., p. 151.

(30) Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?" cit., p. 139.

Por ello, habría que reconocer una excepción a favor del foro del demandante limitada a los casos en que la declaración de incompetencia llegara a producir una efectiva denegación internacional de justicia. Claro que incumbirá al actor probar que las circunstancias espaciales toman en extremo dificultosa la posibilidad de entablar la demanda en el extranjero, hasta el punto que la defensa en juicio de sus derechos materiales queda por completo desvirtuada. Aquella dificultad de radicar la demanda en el extranjero se agrava cuando el proveedor del servicio o el licenciante omitieron revelar su situación geográfica al momento de la conclusión del contrato.

Por su parte, el proveedor o el licenciante demandado podría alegar que el foro argentino del demandante es un *forum non conveniens* y que existe un foro extranjero —el de su propio domicilio— más apropiado para hacer justicia en el caso. Claro que la circunstancia de la mayor o menor proximidad del tribunal respecto de las pruebas y de los hechos del litigio difícilmente pueda ser alegada frente a la desmaterialización de las actividades de la red. Ya que la prueba de las actividades ejercidas por Internet se presenta bajo la forma de mensajes de datos, cuya consulta no está ligada a un lugar. Pero el demandado podría someter a consideración del tribunal otras circunstancias procesales y materiales, como la probabilidad de auxilio procesal internacional, las posibilidades razonables de defensa de sus intereses y la legitimidad de la ventaja jurídica que el actor pueda sacar de la jurisdicción de un tribunal argentino.

El foro del demandante ha sido admitido expresamente en el art. 7 c Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, aplicable entre los países miembros del Mercosur. Aunque debe recordarse que los contratos de venta al consumidor están excluidos del ámbito de aplicación del Protocolo (art. 2.6).

VII. INTERNET COMO UNA NUEVA JURISDICCIÓN: EL ARBITRAJE ON LINE

Más allá del recurso a los métodos tradicionales de solución de controversias, jurisdiccionales o de tipo ar-

bitral, se divisa en el horizonte una *justicia virtual*, donde la Internet no es la fuente o la causa de los litigios, sino un instrumento que facilita su reglamentación (31).

Así como en las ferias europeas de la Edad Media se crearon jurisdicciones especiales para aplicar las normas y costumbres comerciales bajo la *lex mercatoria*, analógicamente, algunos autores han abogado en favor de la creación de tribunales especiales que apliquen las costumbres y usos uniformes del mundo *on line*, en lo que podría ser una nueva *lex electronica* o ley común de la Internet. He aquí la noción de la "Internet como una nueva jurisdicción" (32): la idea de que los litigios que surjan con motivo de la utilización de la Internet deben ser sometidos a la jurisdicción de *tribunales especiales para disputas del ciberespacio* (*Internet Courts*).

Con esta idea en mente, en los Estados Unidos el *Villanova Center for Information Law and Policy* lanzó en marzo de 1996 el *Virtual Magistrate Project* (33). Y en Canadá, en septiembre del mismo año, el *Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal* lanzó el *Cybertribunal* para la resolución de disputas *on line*. El *Cybertribunal* desapareció en diciembre de 1999, al integrarse e*Resolution*, una iniciativa experimental de resolución *on line* de disputas sobre nombres de dominio, que también cesó sus operaciones en diciembre de 2001 (34). Otros proyectos actuales de ODR. (*On line Dispute Resolution*) incluyen *Better Business Bureau Online*, *CyberSettle*, *iCourthouse*, *Internet Ombudsman*, *Mediation Arbitration Resolution Services*, *Résolution électronique des disputes commerciales* (ECODIR.), *Resolution Forum*, *European Advertising Standards Alliance* (EASA.), *SettlementOnline*, *The Claim Room* y *Webmediate.com* (35).

Se trata de procesos voluntarios de composición extrajudicial similares a la mediación, la negociación, el arbitraje y la pericia técnica tradicionales. Excepto que todas las comunicaciones se realizan *on line*. En el *arbitraje virtual*, las partes designan el árbitro, someten el caso y presentan las pruebas por Internet. Y el árbitro tramita y falla por la misma vía. No hay comparecencia

(31) Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Internet; mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?" cit., p. 121.

(32) Burnstein, Matthew, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, cit., ps. 30 y 31.

(33) <http://www.vmag.org/docs/concept.html>.

(34) <http://www.eresolution.ca>.

(35) El Center for Information Technology and Dispute Resolution de la Universidad de Massachussets en los Estados Unidos ha elaborado una lista de proyectos y sitios web de resolución *on line* de disputas, que puede ser consultada por Internet en <http://www.ombuds.org>. La información es actualizada periódicamente e incluye utilísimas referencias bibliográficas y publicaciones cuyo contenido se encuentra muchas veces disponible en la red.

de las partes ni juzgados en el sentido tradicional. Los árbitros son expertos familiarizados con la tecnología y las costumbres de la Internet. Las partes se someten voluntariamente a la decisión del árbitro y reconocen el derecho a solicitar la ejecución judicial de la sentencia arbitral, en caso de inejecución voluntaria.

Entre las ventajas potenciales de estos servicios, se citan la conveniencia para las partes de poder elegir el momento en que quieren responder o intervenir, con la consiguiente reducción de la hostilidad emocional, la importancia de contar con un registro completo y claro de las argumentaciones y la facilidad para acceder a la información legal relevante (36).

Ahora bien: supongamos que sustraer las ciberdisputas de la competencia de los tribunales ordinarios es el único camino para evitar una plétora de resultados y obligaciones inconsistentes en casos de Internet con dimensión internacional (37) (!). Se presentan varios problemas que deben ser estudiados. Ante todo habría que definir cuáles son las "cibercontroversias" que queremos someter a este método de tipo arbitral de resolución de litigios. Para ello, habría que articular la distinción entre una controversia de Internet y una controversia ordinaria. Porque no resultaría lógico ni deseable sustraer de la justicia estatal todo caso que meramente toque o se relacione con la Internet (38). Para ser considerado un "caso de Internet" o ciber caso, que tome aplicable la *lex electronica*, el caso debe tener una relación estrecha o significativa con la actividad del ciberespacio.

Hasta ahora el arbitraje *on line* se ha venido empleando fundamentalmente en controversias relativas a la organización y funcionamiento de la red y las suscitadas entre los proveedores de acceso o de servicios de Internet y sus clientes. En cambio, los litigios entre usuarios de Internet que son una consecuencia de transacciones comerciales *on line* siguen siendo resueltos por tribunales estatales o árbitros que actúan al margen de la red (39). Este método *subjetivo* de caracterizar o identificar una cibercontroversia es muy aprovechable. Tendría además la ventaja de reflejar *the state of the art*. Pero dejaría afuera de la eventual competencia de estos cibertribunales otras disputas que *objetivamente* se relacionan con la Internet. Quedarían excluidas las

controversias entre usuarios de Internet relativas a la entrega a través de la red de productos o servicios sin soporte material o información digital. También las relativas a contratos de *servicios o de contenido de Internet* (de diseño y desarrollo de páginas *web*, por ejemplo) o de *bienes* (ventas por catálogo en CD-ROM, etc.), cuando fueren concluidos *off line*. Se trata, sin embargo, de actividades típicas de la Internet, por lo que no se ve razón para excluirlas. El criterio objetivo, pues, es gravitatorio para tipificar una cibercontroversia. Quizás ambos métodos, el subjetivo y el objetivo, podrían aplicarse coordinadamente a esos fines. Además habría que estipular con claridad qué ciberdisputas, si alguna, seguirán sometidas a la competencia de los tribunales ordinarios. En todo caso, parece claro que deberían quedar fuera de la competencia de los magistrados virtuales los casos de responsabilidad extracontractual por actividades *on line*, como las lesiones por productos informáticos defectuosos, la violación de derechos de exclusiva o la infracción del derecho de marcas.

Pero no basta con que los hechos problemáticos se relacionen con la Internet. Además tendría que haber algo en la disputa misma que tome la aplicación de las leyes nacionales injusta o impracticable (40). Esta teoría sugiere que la unificación material del "derecho de Internet" permitiría mantener la ley actualizada con los avances tecnológicos y la cultura cambiante de la Internet, lo que daría certeza y predictibilidad a las actividades *on line* (41). Este tema excede el objeto del presente estudio, pero sus implicancias son obvias.

Quedan, por último, algunas cuestiones de la mayor importancia: ¿cuál es la "sede" del arbitraje en Internet? La sede o lugar de asiento del árbitro virtual podría incidir en la determinación del derecho procesal aplicable en el laudo arbitral y en la elección del derecho material aplicable para resolver el fondo del asunto, si se identificara la *lex fori* con la sede del tribunal. También como criterio determinante de la jurisdicción para controlar la regularidad del procedimiento y del fallo arbitral y para ejecutar el laudo. Cierto es que esta tendencia está siendo superada. Además las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podrán siempre acordar el derecho aplicable en el laudo. Y la revisión del fallo podrá ser siempre reclamada ante los jueces del país que hubieren podido conocer en la cau-

(36) Granat, Richard, S., "Creating an Environment for Mediating Disputes on the Internet", Working Paper for the NCAIR Conference on On Line Disputes Resolution, May, 1996.

(37) Burnstein, Matthew, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment" cit., p. 30.

(38) *Ibid.*

(39) De Miguel Asensio, Pedro A., "Derecho privado de Internet" cit., ps. 458 y 459.

(40) Burnstein, Matthew, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment" cit., p. 30.

(41) Burnstein, Matthew, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment" cit., ps. 28 y 29.

sa si las partes no hubieran sometido la disputa a arbitraje. En cualquier caso, está claro que es erróneo fijar la sede del arbitraje atendiendo a la ubicación de los servidores o de las computadoras a través de las cuales el árbitro o las partes se conectan a la red (42).

Otras cuestiones se refieren al reconocimiento y ejecución extraterritorial de la sentencia arbitral. Dado que en el arbitraje virtual las comunicaciones se realizan digitalmente a través de la red por medio de mensajes electrónicos, ¿cómo ha de examinarse la eficacia de las notificaciones *on line*? Porque si no puede probarse que ambas partes aceptaron someter su controversia a arbitraje, o que la parte contra la cual es invocada la sentencia tuvo conocimiento en tiempo útil del procedimiento arbitral de manera de poder hacer valer sus derechos, el laudo será insusceptible de reconocimiento en la República. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aborda algunas consecuencias jurídicas de la utilización de procedimientos de "acuse de recibo" en Internet. Así, por ejemplo, cuando una parte envía una oferta de someter la controversia a arbitraje en un mensaje de datos y pide un accuse de recibo, ese accuse de recibo sólo constituye prueba de que la oferta se ha recibido (art. 14). Que enviar o no ese accuse de recibo equivaiga a una aceptación de la oferta, ¿está regido por el derecho aplicable al contrato principal o es facultad del árbitro, quien para decidir sobre su jurisdicción podría aplicar, por ejemplo, los principios generales de la nueva *lex electronica*? En cuanto a la notificación a la parte contra quien se invoca el laudo, ¿debe reconocerse eficacia a la notificación realizada por medio de un mensaje de datos, aun cuando su sistema

esté programado para enviar un "acuse de recibo" automáticamente, sin intervención humana por un agente electrónico? La Ley Modelo responde por la afirmativa (art. 13). Pero en la Argentina la sentencia que se dicte podrá desconocerse, porque el demandado no fue personalmente citado (art. 517 inc. 2 CPCCN.).

Además, entre los recaudos formales para reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros suele exigirse que el original y/o copia del laudo arbitral y otros documentos de comprobación indispensables se presenten debidamente legalizados (art. 518 CPCCN.; art. IV Convención de Nueva York de 1958; art. 6 Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940; art. 2 a y c y art. 3 Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo 1979; y arts. 20 a y 21 Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Mercosur), Las Leñas 1992). ¿Cómo se cumplirá con este requisito, si también el laudo es comunicado digitalmente a través de Internet?

Así las cosas, la creación de un tribunal especial que conozca en las disputas legales sobre Internet parece todavía muy lejana. Hasta ahora, estas jurisdicciones virtuales han decidido apenas un puñado de casos, y según sabemos ningún tribunal argentino o extranjero se ha expedido aún sobre la ejecutabilidad de las decisiones emanadas de esas ciberjurisdicciones. Esto no significa que el concepto en sí mismo sea defectuoso. Pero es evidente que necesita nuevos desarrollos para triunfar (43).

(42) Arsic, Jasna, "International Commercial Arbitration on the Internet", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, ps. 217 a 220.

(43) Burnstein, Matthew, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment" cit., p. 31.