

# **DeCITA** 01.2004

**derecho del comercio internacional**  
temas y actualidades

## **Solución de controversias**

**directores:**

**Adriana Dreyzin de Klor | Diego P. Fernández Arroyo**

**ZAVALLIA**

## Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho internacional privado

| Mario J. A. Oyarzabal\*

- 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<sup>1</sup>

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 descripta<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>.

---

\* Profesor adjunto ordinario de Derecho internacional privado de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.

<sup>1</sup> Una versión preliminar de este artículo fue publicada en la Revista *Jurisprudencia Argentina* el 13 de noviembre de 2002. Véase JA, 2002-IV, fascículo N° 7, pp. 3-11.

<sup>2</sup> Definición aprobada por Resolución del US Federal Networking Council (FNC) del 24 de octubre de 1995.

<sup>3</sup> P. SIRINELLI, "L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l'Etat?", en: K. Boele-Woelki / C. Kessedjian (eds.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* (Proceedings of the

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 se conocen, y en muchos casos "no se 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<sup>4</sup>.

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 determinar 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 De-

recho internacional privado concierne"<sup>5</sup>. 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*, en los espacios cósmicos o aun en el ciberespacio, que no pueda ser conectado con algún derecho estatal. Sólo que ahora es más difícil<sup>6</sup>. Los desafíos creados por la revolución de la información global no son nuevos. Son problemas de grado, no de sustancia<sup>7</sup>.

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 o de jueces extranjeros. En segundo lugar, examinaremos el funcionamiento de las normas de jurisdicción internacional subsidiarias a falta de prórroga: domicilio del demandado y lugar de cumplimiento del contrato. El último párrafo de este trabajo será destinado al análisis del arbitraje on-line y el futuro de lo que ha dado en llamarse "justicia virtual"<sup>8</sup>.

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), The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 2. Muy recomendable también es la obra de K. GREWLICH, *Governance in "Cyberspace" - Access and Public Interest in Global Communications*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 20-28 y 37-40.

<sup>4</sup> Véase S. SYMEONIDES / W. COLLINS PERDUE / A. VON MEHREN, *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, St. Paul, Minn., West Group, 1998, pp. 894-7, y la bibliografía citada.

<sup>5</sup> H. KRONKE, "Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace", en: K. BOELE-WOELKI / C. KESSIDIAN (nota 3), p. 65.

<sup>6</sup> H. KRONKE (nota 5), pp. 65-6.

<sup>7</sup> R. FENTIMAN, *Conflicts of Law in Cyberspace*, Brussels, International Federation of Computer Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law, 1996, p. 28. Véase también H. KRONKE (nota 5).

<sup>8</sup> En la literatura argentina, véase especialmente M.A. CIURO CALDANI, "Perspectivas trialistas de la jurisdicción internacional en el comercio electrónico", *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2001, pp. 1-16; I. WEINBERG DE ROCA, "La jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en: O. Ameal (dir.) / S. Tanzi (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI - Homenaje al Profesor*

## 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<sup>9</sup>. 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<sup>10</sup>.

Argentina es parte de varias convenciones internacionales sobre arbitraje en asuntos de naturaleza civil y comercial, la más importante de las cuales, en términos del número de países adherentes, es la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958,<sup>11</sup> seguida por la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, concluida en Panamá el 30 de enero de 1975 en el marco de la Organización de Estados Americanos<sup>12</sup>. La validez de los términos arbitrales es usualmente determinada por referencia a aquellos instrumentos.

En el contexto del MERCOSUR (Mercado Común del Sur, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual concluido en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 (en adelante Protocolo de Buenos Aires) permite a las partes de contratos internacionales acordar la prórroga a favor de tribunales arbitrales, en tanto que tal acuerdo no haya sido obtenido de manera abusiva (art. 4)<sup>13</sup>. 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, ambos concluidos el 23 de julio de 1998, serán asimismo aplicables a los contratos internacionales de Internet comprendidos en su ámbito de aplicación cuando entren en vigor<sup>14</sup>.

En el Derecho internacional privado argentino de fuente interna, el artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>15</sup> 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

Doctor Roberto M. López Cabana, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 967-72; M.B. NOODY TAQUELA, "Comercio electrónico en el Mercosur", *RUDIP*, N° 4, 2001, pp. 85-103; O. MARZORATI, "Reflexiones sobre jurisdicción y ley aplicable en Internet", en: J. Kleinheisterkamp / G. Lorenzo Idiarte (eds.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina - Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 301-24; M. OYARZABAL, La ley aplicable a los contratos en el espacio transnacional, *ED*, vol. 201, 2003, pp. 709-24; R. LORENZETTI, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Zavalla, 2001, pp. 201-02, 205-07, 209-14, y 255-57. El comercio electrónico fue, asimismo, el tema de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) durante el XVII Congreso Ordinario celebrado en Catamarca el 23, 24 y 25 de octubre 2003, y en la que el Relator fue el Dr. Osvaldo Marzorati; véase el *Libro de Ponencias*, t. I, y las *Conclusiones y Recomendaciones* aprobadas por el Plenario del Congreso con base en el Relato, las ponencias presentadas y el debate realizado a posteriori.

<sup>9</sup> Véase, en general, M.E. UZAL, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 41-78.

<sup>10</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 2ª ed. actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 448.

<sup>11</sup> La Convención de Nueva York ha sido ratificada por más de cien países; véase *infra* nota 16.

<sup>12</sup> Ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; disponible en <http://www.oas.org>

<sup>13</sup> Hasta el presente, el Protocolo de Buenos Aires ha sido ratificado y está en vigor únicamente entre Argentina, Brasil y Paraguay. El texto está disponible en <http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm> (en español y portugués).

<sup>14</sup> Al momento, los dos acuerdos sobre arbitraje del Mercosur han sido ratificados solamente por Argentina. El texto está disponible en el sitio Web de la Organización, véase *supra* nota 13. Véase J. KLEINHEISTERKAMP, "Conflict of Treaties in International Arbitration in the Southern Cone", en: J. Kleinheisterkamp / G. Lorenzo Idiarte (nota 8), pp. 667-98 (donde resume los esfuerzos para armonizar las reglas sobre arbitraje establecidas por tratados internacionales, hechos a nivel del MERCOSUR y sus asociados Bolivia y Chile, así como los problemas resultantes de los conflictos de tratados).

<sup>15</sup> En adelante, CPCCN.

York, 1958. Véase también la nota al artículo 1 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI el 16 de diciembre de 1996<sup>16</sup>. Sumariamente, los contratos vinculados a Internet son de venta de bienes materiales, de prestación de servicios y de licencia de utilización<sup>17</sup>. 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<sup>18</sup>. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico propugna acertadamente este criterio en el artículo 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<sup>19</sup>. Así el artículo 7.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985<sup>20</sup> 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, telegra-

mas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo" (la bastardilla es nuestra). Y en el mismo sentido, el artículo 6.1 de la 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". En cuanto a la "firma," tal requisito se encuentra cumplido por medio de un método que identifique al enviador de un mensaje de datos y que confirme que esa parte aprueba la información contenida en el mismo (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas del 12 de diciembre de 2001). Este es el enfoque adoptado por la ley argentina 25.506 sobre Firma Digital aprobada el 14 de noviembre de 2002 y su decreto reglamentario 2628 del 19 de diciembre del mismo año<sup>21</sup>. En suma, las formalidades de "escritura" y "firma," en cuanto son requeridas por las convenciones arbitrales o por la legislación argentina, deben ser interpretadas de acuerdo con los avances tecnológicos de las telecomunicaciones, de modo de asegurar a un mensaje de datos un reconocimiento legal equivalente al del documento papel. En definitiva, lo que importa es probar la existencia de un verdadero acuerdo de voluntades.

En el caso de los dos acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR citados más arriba, la validez de la cláusula arbitral concluida por "correo electrónico o medio equivalente" está sujeta a que la misma sea confirmada por un documento original (art. 6.3). La presentación del documento original

<sup>16</sup> Texto y estatus disponibles en <http://www.uncitral.org>

<sup>17</sup> V. GAUTRAIS / G. LEFEBVRE / K. BENYKHLEF, "Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, vol. 5, 1997, p. 568.

<sup>18</sup> Véase S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "Contrato cibernético internacional ¿Una realidad o un enigma?", en: O. Ameal / S. Tanzi (nota 8), p. 665.

<sup>19</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?", en: K. Boele-Woelki / C. Kessedjian (nota 3), p. 128; véase también A. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 55-58.

<sup>20</sup> Véase *supra* nota 16. En la literatura argentina, véase en general A. GARRO, "El arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", *JUS-Revista Jurídica*, vol. 41, La Plata, 1990, pp. 12-4; H. GRIGERA NAÓN, "La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el derecho argentino", *LL*, 1989-A, pp. 1021-51.

<sup>21</sup> Asimismo, el Proyecto de Código Civil Argentino establece que "En instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma se satisface si se utiliza un método que identifica a la persona y tal método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento" (art. 266); véase M.B. NOCDT TAQUELA, "Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños", en: D. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR-Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, Zavalla, 2003, pp. 984-987.

está destinada a garantizar el origen y contenido del mensaje de datos, teniendo en cuenta los riesgos aún involucrados en la transmisión de comunicaciones electrónicas. Una vez que ese requisito se encuentra cumplido, el acuerdo tiene efecto retroactivo al momento en que el destinatario recibió el mensaje confirmando que la otra parte había aceptado su oferta<sup>22</sup>.

### 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 artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación 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)<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>.

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*?<sup>25</sup> La respuesta no es sencilla. Generalmente, la sola circunstancia de que el tri-

bunal 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 pre-dispuestas 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*) permitiera invalidar el consentimiento, por no mediar el libre acuerdo de voluntades que requiere el artículo 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<sup>26</sup>. De ahí que algunos expertos han propuesto el concepto de "target" (objetivo), si el sitio Web está específicamente dirigido a consumidores de un determinado país, *vis à vis* para sitios menos sofisticados que no hacen posible "apuntar" a consumidores determinados<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Véase A. PERUGINI ZANETTI, "Arbitraje comercial internacional en el Mercosur", en: J. Kleinheisterkamp / G. Lorenzo Idiarte (nota 8), p. 643.

<sup>23</sup> El Tratado de Montevideo ha sido ratificado por todos los Estados del Mercosur, excepto Brasil, mientras que el Protocolo de Buenos Aires no ha sido ratificado por Uruguay.

<sup>24</sup> R. YAGURA, "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?", *IDEA-The Journal of Law and Technology*, vol. 38, 1998, p. 318.

<sup>25</sup> G. KAUFMANN-KOHLER (nota 19), p. 122.

<sup>26</sup> H. KRONKE, "Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, pp. 985 y 988.

<sup>27</sup> Véase "Transnational Issues in Cyberspace: A Project on the Law relating to Jurisdiction", *Report on the ABA Cyberspace Project*, publicado por el Grupo de Trabajo sobre el Ciberespacio de la American Bar Association en julio de 2000; el Website del Proyecto está en <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw>. Véase también *Electronic Commerce and International Jurisdiction*, Ottawa, 28 de febrero al 1 de marzo de 2000, Síntesis de las discusiones preparada por C. Kessedjian con la cooperación del equipo de Derecho internacional privado del Ministerio de Justicia de Canadá, Documento Preliminar N° 12 sobre la futura Convención de La Haya sobre Jurisdicción Internacional y Sentencias Extranjeras en materia Civil y Comercial, pp. 6-8; disponible en <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>

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, Constitución Nacional).

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 de la 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<sup>28</sup>.

#### IV. Juez del domicilio argentino del demandado

En ausencia de cláusula de elección de foro, el actor podrá demandar al deudor en Argentina si el deudor tuviere su domicilio o residencia en el país, aunque el contrato deba cumplirse en el extranjero (art. 1216, Cód. Civil; art. 56 párr. 2º, Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940<sup>29</sup>, 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 "paraisos 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. Supóngase que el demandado declara a su co-contratante que está domiciliado en Argentina. Quedará entonces obligado por dicha información, en el sentido de que la norma jurisdiccional se aplicará con respecto a dicha información.

Si aun 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" o "jurisdicción subsidiaria", cuando no existiere un foro extranjero claramente más apropiado o si hubiera evidencia positiva y concreta de que el demandante, de ser obligado a litigar en el extranjero, no podría obtener justicia (*déni de justice*).

#### V. Juez del lugar de cumplimiento del contrato

El artículo 1215 del Código Civil 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 en Argentina. El Protocolo de Buenos Aires también abre el foro del "lugar de cumplimiento" en el art. 7 a). El foro del lugar del cumplimiento es también un importante factor de conexión en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (arts. 56, 32-34) y 1940 (arts. 56, 37-38), y en el Protocolo de Buenos Aires (art. 7.a).

La prestación cuyo cumplimiento se demanda judicialmente puede coincidir con la prestación carac-

<sup>28</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 5ta. ed., Heidelberg, 1996, p. 228.

<sup>29</sup> El Tratado de 1889 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El Tratado de 1940 está en vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

terística. 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 que reclama el pago del precio de las mercaderías o servicios que él 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*<sup>30</sup> y *NetCash*<sup>31</sup>, los clientes adquieren certificados de dinero electrónico (ciberdólares) de un proveedor de ese tipo de dinero como el Mark Twain Bank<sup>32</sup>. 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 monetario 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*<sup>33</sup>, *First Virtual* y *NetCheque*<sup>34</sup>, 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?<sup>35</sup> 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<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Véase D. CHAUM, "Achieving Electronic Privacy", in: *Scientific American*, August 1992, pp. 96-101.

<sup>31</sup> Véase G. MEDVINSKY / B.C. NEUMAN, "NetCash: A Design for Practical Electronic Currency on the Internet", *Proceedings of the First ACM Conference on Computer and Communications Security*, November 1993.

<sup>32</sup> <http://www.marktwain.com/ecash.html>

<sup>33</sup> Véase M. SIRBU / J.D. TYGAR, "Netbill: An Electronic Commerce System Optimized for Network Delivered Information and Services", *Proceedings of IEEE Comcon '95*, March 1995.

<sup>34</sup> Véase B.C. NEUMAN / G. MEDVINSKY, "Requirements for Network Payment: The NetCheque Perspective", *Proceedings of IEEE Comcon '95*, March 1995.

<sup>35</sup> La profesora de la Universidad de Ginebra Gabrielle Kaufmann-Kohler ha puntualizado magistralmente las críticas a dicho criterio (nota 19), pp. 132-33.

<sup>36</sup> C. KESSEDIAN, "Rapport de synthèse", en: K. Boele-Woelki / C. Kessedjian (nota 3), p. 151.

## 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 artículos 1215 y 1216 del Código Civil 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<sup>37</sup>. 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 accessible 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<sup>38</sup>. 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 a 1214, Código Civil; art. 461, Cód. Com. y arts. 749, 1410 y 1424, Código Civil; art. 57 a), Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Interna-

cional de Mercaderías, concluida en Viena el 10 de abril de 1980)<sup>39</sup>.

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<sup>40</sup>.

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 tornan 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

<sup>37</sup> A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 252-254.

<sup>38</sup> C. KESSEDIAN (nota 36).

<sup>39</sup> Véase *supra* nota 16.

<sup>40</sup> Véase G. KAUFMANN-KOHLER (nota 19), p. 139. Sobre jurisdicción en contratos electrónicos concluidos con consumidores, véase en general D. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, "Modalidades contractuales específicas", en: D. Fernández Arroyo (nota 21), pp. 63 y 1033-34; R. LORENZETTI (nota 8), pp. 255-256.

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<sup>41</sup>.

Entre los países del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires expresamente admite el *forum actoris* si el actor prueba que ya ha cumplido con la obligación que el contrato le impone a él (art. 7 c). Aunque debe recordarse que los contratos de venta al consumidor están excluidos del ámbito de aplicación del Protocolo (art. 2.6). El Protocolo de Santa María del 22 de noviembre de 1996 sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, consagra como regla general en las demandas entabladas por el consumidor la jurisdicción internacional de los jueces o tribunales del Estado donde esté domiciliado el consumidor. Otras jurisdicciones son permitidas sólo si el consumidor expresamente consiente en esa jurisdicción en el momento de entablar la demanda (art. 4.1). Pero este Protocolo no ha entrado aún en vigor<sup>42</sup>.

### 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 arbitral, 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<sup>43</sup>.

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*, análogamente, 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 electrónica* o ley común de la Internet. He aquí la noción de la "Internet como una nueva jurisdicción"<sup>44</sup>. Se visualiza entonces 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 1996 el *Virtual Magistrate Project*<sup>45</sup>; 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 *eResolution*, una iniciativa experimental de resolución on line de disputas sobre nombres de dominio, que también cesó sus operaciones en diciembre de 2001. 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*<sup>46</sup>.

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 de las partes ni juzgados en el sentido tradicio-

<sup>41</sup> Véase M.A. CIURO CALDANI (nota 8), pp. 6-7 (sobre denegación de justicia y *forum non conveniens* como bases para el ejercicio y para la declinatoria de jurisdicción en el comercio electrónico).

<sup>42</sup> El Protocolo de Santa María no ha sido aún ratificado por ningún Estado signatario. Texto disponible en el sitio Web del Mercosur, *supra* nota 13.

<sup>43</sup> G. KAUFMANN-KOHLER (nota 19), p. 121; véase también I. WEINBERG DE ROCA (nota 8), p. 971.

<sup>44</sup> M. BURNSTEIN, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en: K. Boele-Woelki / C. Kessedjian (nota 3), pp. 30-31.

<sup>45</sup> <http://www.vmag.org/docs/concept.html>

<sup>46</sup> El Center for Information Technology and Dispute Resolution de la University of Massachusetts de 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.

nal. 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 inexecución 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<sup>47</sup>.

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 (!)<sup>48</sup>. 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<sup>49</sup>. Para ser considerado un "caso de Internet" o ciber caso, que torne aplicable la *lex electrónica*, 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<sup>50</sup>. Este método "subjetivo" de ca-

racterizar o identificar una cibercontroversia es muy aprovechable. Tendría además la ventaja de reflejar *the state of the art*. Pero dejarla 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 página 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, seguirían sometidas a la competencia de los tribunales ordinarios. En todo caso, parece claro que debería 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 torne la aplicación de las leyes nacionales injusta o impracticable<sup>51</sup>. 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*<sup>52</sup>. 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 In-

<sup>47</sup> Véase R. GRANAT, "Creating an Environment for Mediating Disputes on the Internet", Working Paper, NCAIR Conference on On-Line Disputes Resolution, May, 1996.

<sup>48</sup> M. BURNSTEIN (nota 44), p. 30.

<sup>49</sup> M. BURNSTEIN (nota 44), p. 30.

<sup>50</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO (nota 10), pp. 458-59.

<sup>51</sup> M. BURNSTEIN (nota 44), p. 30.

<sup>52</sup> M. BURNSTEIN (nota 44), pp. 28-29.

ternet? 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. Ciertamente 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 causa 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<sup>53</sup>.

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 acuse de recibo, ese acuse de recibo sólo constituye prueba de que la oferta se ha recibido (art. 14). Que enviar o no ese acuse de recibo equivaiga a una aceptación de la oferta, ¿está regido por el derecho aplica-

ble 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 electrónica*? 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<sup>54</sup>; art. 2 a) y c) y art. 3, Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo 1979<sup>55</sup>; y arts. 20 a) y 21, Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (MERCOSUR), del 27 de junio de 1992)<sup>56</sup>. ¿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<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Véase J. ASSIC, "International Commercial Arbitration on the Internet", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, pp. 217-20.

<sup>54</sup> El Tratado de 1889 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El Tratado de 1940 está en vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

<sup>55</sup> Ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; disponible en <http://www.oas.org>

<sup>56</sup> Disponible en el sitio Web del Mercosur, *supra* nota 13.

<sup>57</sup> M. BURNSTEIN (nota 44), pp. 30-31.