

# La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional

por MARIO J. A. OYARZÁBAL(\*)

**Sumario:** I. INFLUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES SOBRE EL SISTEMA DE CONFLICTO DE LEYES. — II. LAS LEYES MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO Y SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). — III. LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y DE 1940. — IV. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, SUSCRITA EN VIENA EL 11 DE ABRIL DE 1980. — V. LA CONVENCION SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA, ADOPTADA POR LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE LA HAYA DE 1985. — VI. AUTONOMÍA DE LAS PARTES. — VII. NORMAS DE CONFLICTO SUBSIDIARIAS EN AUSENCIA DE AUTONOMÍA DE LAS PARTES. — VIII. NORMAS DE POLICÍA, PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES ESTÁNDAR. EL CONTRATO *CLICK-WRAP*. — IX. FORMA. — X. LA EVICCIÓN DE LA LEY NORMALMENTE APLICABLE: EL ORDEN PÚBLICO Y EL FRAUDE A LA LEY. — XI. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS, OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO Y LEGALIZACIÓN. — XII. LA *LEX* ELECTRÓNICA: ¿UN *COMMON-LAW* DE LA INTERNET? — XIII. METODOLOGÍA GENERAL PARA LOS CASOS ATÍPICOS. CONCLUSIONES.

## Influencia de la globalización de las comunicaciones sobre el sistema de conflicto de leyes

El derecho internacional privado actual sigue utilizando básicamente el método elaborado por FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY en el siglo XIX.

(\*) Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.

Su método, que hoy puede considerarse clásico, consistió en correlacionar las relaciones jurídicas con los territorios en los cuales esas relaciones parecían por naturaleza estar más adecuadamente conectadas. Los contratos, por ejemplo, estarían mejor regidos por las leyes del país del cumplimiento de la obligación y las obligaciones que nacen sin convención estarían vinculadas con el territorio del país donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden. Recientemente, sin embargo, se han venido oyendo voces que argumentan que este esquema de análisis no se adecua fácilmente al contexto de la Internet. Que en un mundo digitalizado, los tribunales no podrán seguir “jugando el juego” de localizar las relaciones jurídicas bajo el caparazón de una u otra legislación nacional<sup>(1)</sup>.

Se ha dicho que hoy nos enfrentamos con un medio de comunicaciones internacional no-geográfico y no-territorial, para el que la noción de “lugar” significa cada vez menos<sup>(2)</sup>. *Dónde* las actividades ocurren —o más precisamente, *dónde* el jurista considera que han ocurrido— pueden no ser las preguntas adecuadas para elegir el derecho aplicable y determinar la jurisdicción en

(1) GELLER, PAUL E., *Conflicts of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World*, en *The Future of Copyright in a Digital Environment. Proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law*, editado por P. Bernt Hugenholtz, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pág. 30.

(2) 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?*, *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, págs. 23 a 26.

(3) BURNSTEIN, MATTHEW, *ob. cit.*, pág. 27.



las disputas internacionales de Internet<sup>(3)</sup>. En materia contractual, tradicionalmente la tarea más difícil ha sido la de determinar *dónde* una obligación se consideraba que ha sido ejecutada. En la contratación electrónica, la cuestión que se presenta más frecuentemente es *qué* constituye ejecución: ¿hacer la información accesible al usuario medio, o proveerle una guía individual para asegurarse de que efectivamente la obtenga?<sup>(4)</sup>. Por lo que cabe preguntarse si es del todo atinado, e incluso posible, seguir localizando relaciones jurídicas en punto alguno del ciberespacio transterritorial, conceptualizado por GIBSON como un "espacio que no es espacio"<sup>(5)</sup>. En fin, si este cambio de la geografía al ciberespacio no requiere también un cambio en el enfoque del conflicto de leyes<sup>(6)</sup>.

En la elaboración del presente estudio no aspiramos a edificar un *sistema* de derecho internacional privado propio de la Internet, aplicable a todos los casos que presenten hechos, situaciones, objetos o conductas relacionados con la Internet y que desarrolle las nuevas conductas a seguir para alcanzar la solución justa de los ciber-casos. Dicho sistema no sería, por lo demás, ni útil ni deseable. El derecho aplicable a los actos realizados o contratos concluidos o ejecutados por Internet debe diferir lo menos posible del derecho aplicable a los producidos fuera de la Red en el espacio real. Ello contribuirá a dar certeza y predictibilidad a las actividades *on line*. Más que la construcción de un sistema nuevo, expondremos aquí algunas líneas de reflexión, destacando la especificidad de la Internet dentro del sistema general del derecho internacional de los contratos. Antes que la creación de nuevas reglas para el mundo virtual, interpretaremos y aplicaremos las reglas clásicas del derecho internacional privado tradicional previstas para el mundo real a las futuras ciberdisputas, teniendo en cuenta su naturaleza particular.

Abordaremos esta tarea en el siguiente orden: Comenzaremos en el parág. II con una breve referencia a la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Interna-

cional en la elaboración de normas materiales sobre el comercio electrónico. En los parágs. III, IV y V examinaremos las soluciones de los casos en el ámbito de los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Y los parágs. VI a IX serán destinados al análisis de las normas legales argentinas. Pero como la aplicación del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto convencional o legal no es incondicional, dedicaremos el parágrafo X a las aplicaciones concretas del orden público y del fraude a la ley al caso en cuestión. Para pasar en el parágrafo XI a abordar los problemas de procedimiento internacional. Una vez analizada la adecuación de los diversos sistemas positivos de derecho internacional privado a los casos que involucran la utilización de las nuevas tecnologías, estaremos en condiciones de examinar en el parág. XII las propuestas de algunos autores de desarrollar una normativa material internacional especialmente diseñada para la Internet que podría denominarse *lex* electrónica y que constituiría la expresión jurídica de la "globalización". En el parágrafo final haremos algunas consideraciones sobre los diversos enfoques para regular los litigios surgidos por el uso de la Internet, lo cual podrá aclarar en alguna medida la actual discusión doctrinaria.

## II Las leyes modelo sobre comercio electrónico y sobre las firmas electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Entre los esfuerzos en pos de la armonización y unificación del derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento sustitutos de los que utilizan papel, merece destacarse la labor que viene desarrollando la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, que ya en 1985 elaboró una Recomendación sobre el Valor Jurídico de los Registros Computarizados. Desde entonces, ha adoptado dos leyes modelos: la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno en 1996, con la adición del art. 5° bis aprobado en 1998; y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas en 2001<sup>(7)</sup>.

(4) KRONKE, HERBERT, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace, en Internet, Which Court Decides? Which Law Applies?...*, cit., p. 79.

(5) GIBSON, WILLIAM, *Count Zero*, New York, 1986, pág. 38, citado por GELLER, PAUL., ob. cit., pág. 28.

(6) GELLER, PAUL., ob. cit., lug. cit.

(7) Todos estos documentos se encuentran disponibles *on line* en el sitio de Internet de la CNUDMI, <http://www.uncitral.or>



Ambas leyes constituyen un reflejo de las más modernas tendencias del derecho comparado en materia de procedimientos aplicables al "comercio electrónico", lo que las hace bastante confiables para los casos en que las partes opten por emplear las nuevas tecnologías en sus negocios internacionales.

Además, las leyes modelo pueden resultar un valioso instrumento para interpretar convenios u otros instrumentos internacionales y las leyes argentinas que impongan obstáculos al empleo de comunicaciones electrónicas, al prescribir, por ejemplo, que ciertas cláusulas contractuales deben constar por escrito.

Hacemos votos para que la Argentina adopte estos instrumentos cuando revise su legislación, como medio de fortalecer la seguridad jurídica en la utilización del procesamiento automático de datos en el país, y de garantizar igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, objetivos esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescriptos en las leyes modelo, la Argentina estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial<sup>(8)</sup>.

### III

#### Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 determinan la ley aplicable a los contratos internacionales recurriendo a "lugares" como puntos de conexión (arts. 32 a 37 y 39 del de 1889 y arts. 37, 38 y 40 a 42 del de 1940). Cuestión delicada será, sin embargo, la de determinar dónde un producto en formato electrónico o información digital existía al tiempo de la celebración del contrato, cuál es el lugar del cual partió la oferta (o la oferta aceptada) o dónde se celebró una permuta concluida *on line*.

En la medida en que la Internet sea utilizada sólo como un medio de comunicación en la celebración de contratos sobre bienes materiales (en soporte físico), nada cambia respecto de hacerlo por teléfono o por carta. Empero, cuando los bie-

nes o servicios o el objeto del contrato no se relacionan con algún lugar especial, o cuando las partes o los bienes se trasladan a un país extranjero con el propósito de celebrar o de ejecutar el contrato, no es posible aplicar las normas de los Tratados de Montevideo sin examinar su adecuación al nuevo contexto. No está demás insistir en la importancia de que las partes pacten la elección debidamente documentada de la ley aplicable.

### IV

#### La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscripta en Viena el 11 de abril de 1980

El profesor SIEGFRIED EISELEN, de la Universidad de Potchefstroom for CHE de Sudáfrica, ha escrito un completo y autorizado estudio sobre la formación del contrato en el marco de la convención del acápite frente al uso de las nuevas tecnologías como el fax, el intercambio electrónico de datos (EDI) y la Internet<sup>(9)</sup>. El resultado de sus investigaciones, conducidas por el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* en Hamburgo, es que las disposiciones y principios subyacentes a la Convención de Viena constituyen un cuerpo normativo suficientemente robusto y flexible para dar respuesta adecuada a los cambios y desafíos impuestos por las nuevas formas de comunicación en la celebración de compraventas internacionales.

He aquí algunas cuestiones relativas a la validez de las comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Convención de Viena que vale la pena analizar.

Corresponde advertir, en primer lugar, que la Convención sólo menciona entre las comunicaciones electrónicas el telegrama y el télex y no otras formas de comunicación como el fax, el mensaje EDI y el correo electrónico (art. 13). No hay indicación, sin embargo, de que la Convención buscara excluir ningún tipo específico de comunicación de su ámbito de aplicación. Ocurre simplemente que estas nuevas tecnologías no estaban disponibles en la época en que se adoptó

(9) *Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980*, *The EDI Law Review*, vol. 6, 1999, págs. 21 a 46.

(8) Guía..., §§ 2 a 6.



la Convención en 1980. Por lo que estamos en presencia de una laguna que debe considerarse a la luz de los principios generales de libertad de formas y de autonomía de las partes en los que se basa la Convención (arts. 7.2, 6 y 11). Principios que sugieren una interpretación amplia inclusiva de *todas las formas de comunicación electrónica*.

Por tanto, cuando en los términos de la Convención se exija que una determinada comunicación conste por escrito, ese requisito quedará cumplido con la utilización de un mensaje EDI o de un correo electrónico. Incluso en el caso de contratos de compraventa entre partes que tengan su establecimiento en Estados que hayan hecho una declaración con arreglo al art. 96, la cuestión de si un mensaje EDI o un correo electrónico constituye o no "escritura" se rige, a mi juicio, por el art. 13 de la Convención según la interpretación amplia propuesta. Ello es así porque el art. 96 autoriza a los países a excluir la aplicación del art. 11 que permite que las comunicaciones se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, pero no los autoriza a establecer excepciones al art. 13. Ergo, la definición de "escritura" depende de la interpretación de la Convención de Viena y no del derecho nacional del país que formuló la declaración<sup>(10)</sup>.

También es importante determinar desde qué momento las comunicaciones realizadas por Internet son consideradas válidas y vinculantes para las partes en el marco de la Convención de Viena. La Convención utiliza en este tema para las comunicaciones *inter absentes* dos enfoques distintos: en la etapa de formación del contrato cuando se trata de medios de comunicación instantánea adopta siempre el sistema de la recepción (arts. 24, 15 y 20.1); y en las comunicaciones poscontractuales adopta el sistema de la remisión, salvo cuando expresamente se adopta el sistema de la recepción (art. 27).

Cuando el sistema de la recepción es adoptado, para cumplir con los requisitos de la Convención es necesario que la información efectivamente *llegue* al destinatario, sea que la reciba personalmente o que sea puesta a su disposición en un lugar donde usualmente recibe tales comunicaciones o donde debería esperar encontrar comunicaciones en el curso normal de su nego-

cio. Este es el principio en que se basa el art. 24 y que ha de guiar su interpretación. Por lo tanto, la dirección de correo electrónico o el VANS (*value-added network service*) proporcionado por el destinatario debería satisfacer los requisitos de validez impuestos por la Convención de Viena. En el caso de un mensaje EDI, debe haber sido enviado al buzón VANS del destinatario cuando se utiliza un *store and forward system*, o directamente a su sistema de computación. Del mismo modo, el correo electrónico debe haber sido enviado a la dirección de correo electrónico del destinatario. El hecho de que alguien lo lea o no, no tiene ninguna importancia. Basta con que la información esté disponible en forma legible y procesable.

Según la opinión de EISELEN, que compartimos, el sistema de la recepción da una respuesta justa a la cuestión de la distribución de los riesgos cuando se utilizan comunicaciones electrónicas (arts. 15 y 20.1). El correo electrónico y el mensaje EDI son formas de comunicación instantánea al igual que el télex que ha sido específicamente mencionado, lo que provee una herramienta valiosa a la hora de determinar el momento en que comienza a correr el plazo para la aceptación de una oferta fijado en un *e-mail* o intercambio electrónico de datos (art. 21.1 *in fine*).

Luego de concluido el contrato, y salvo disposición en contrario de la Parte III de la Convención, la regla general es que el mensaje es válido si es *enviado* por los medios adecuados al destinatario, aunque llegue demorado, con errores o nunca alcance su destino (art. 27). Basta, pues, con que el mensaje haya sido enviado de un modo que normalmente debería llegar al destinatario (*dispatch theory*). Una vez más el recurso a la analogía constituye un método conducente. Por lo que resulta lícito asimilar el envío de un correo electrónico o de un mensaje EDI a la entrega de una carta en el correo o el despacho de un télex. Una vez que el enviador ha lanzado el mensaje a la dirección electrónica correcta del destinatario, entonces el *acto de enviar* está completo y los requisitos del art. 27 deberían considerarse cumplidos.

Antes de finalizar, conviene hacer una breve referencia al ámbito de aplicación material de la Convención de Viena. El art. 1.1 de la Convención dispone su aplicación a las compraventas internacionales de mercaderías concluidas entre

(10) En contra, EISELEN, SIEGFRIED, *ob. cit.*, pág. 36 y la bibliografía citada en la nota 102.



operadores del comercio internacional. Ello incluye la adquisición de bienes y productos digitales *on line*, tales como programas (*software*) de computación, grabaciones disco y videográficas y documentos, aunque no exista transmisión física del soporte real, porque son bienes que se pueden comprar también en soportes materiales<sup>(11)</sup>. Quedan, en cambio, excluidos los contratos de licencias y cesiones de derechos de propiedad intelectual o industrial, frecuentes en Internet, ya que no se trata de mercaderías en el sentido de la Convención de Viena, así como contratos de permuta internacional (*countertrade*) y de prestación de servicios, por no ser "compraventas" (arts. 2°, 3° y 4°)<sup>(12)</sup>.

## V La Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada por la Conferencia Diplomática de La Haya de 1985

Por su parte, la aplicación de la Convención de La Haya al comercio electrónico ha sido analizada con sobria excelencia por el profesor HERBERT KRONKE, de la Universidad de Heidelberg, en el Coloquio Internacional en honor de MICHEL PELICHET organizado por el Molengraaff Institute of Private Law de la Universidad de Utrecht y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>(13)</sup>, en el que la Argentina estuvo representado por la profesora WEINBERG DE ROCA. Expondremos sus principales observaciones a las que agregamos apenas algo propio.

Ante todo es preciso determinar si, a los efectos de la Convención de La Haya, el término "mercaderías" incluye *data*, imágenes, información y *software*. Parece ser que sí, si es que ha de mantenerse el paralelo con la Convención de

(11) Conf. CALVO CARAVACA, ALFONSO L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, JAVIER, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, págs. 76 y 77.

(12) CALVO CARAVACA, ALFONSO L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, JAVIER, *ob. cit.*, lug. cit. Sobre la calificación de "compraventa" y de "mercaderías", es muy recomendable el estudio de GARRO, ALEJANDRO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional: su incorporación al orden jurídico argentino*, segunda parte, LL, 1985-A-930 a 952.

(13) *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace, en Internet, Which Court Decides? Which Law Applies?...*, *cit.*, págs. 75 a 78.

Viena como recomienda el *Explanatory Report* del profesor ARTHUR VON MEHREN (N° 23). Sin embargo, los "derechos" (*rights*) fueron deliberadamente excluidos de su ámbito de aplicación (*Explanatory Report*, N° 34) por lo que KRONKE se pregunta si el "conocimiento" (*knowledge*) está incluido.

En cuanto a la determinación del derecho aplicable al contrato, el principio fundamental de la autonomía de las partes (art. 7°) y el criterio subsidiario del establecimiento del vendedor (art. 8°, párr. 1°), no presentan dificultades especiales en el contexto de la Internet. En cambio, las excepciones al principio de la *lex venditori* son infinitamente más complejas.

El art. 8°, párr. 2 a) somete el contrato al derecho del Estado del establecimiento del comprador si las negociaciones fueron celebradas y el contrato fue concluido por las partes estando presentes en dicho Estado. Está claro que esto no podrá nunca ocurrir en contratos celebrados por Internet. Además, el fundamento de la aplicación del derecho del comprador es que se presume que el vendedor buscó al comprador en su propio país y entendió someterse a sus leyes. Pero por su naturaleza, un sitio *Web* está dirigido a todos los países, incluido el del consumidor. Por lo que las distinciones claras en situaciones en que una parte es activa y la otra pasiva en comenzar negociaciones y finalmente celebrar el contrato desaparecen en el comercio electrónico<sup>(14)</sup>.

El art. 8°, párr. 2 b) somete la compraventa al derecho del país del comprador cuando en el contrato se prevea expresamente que el vendedor debe entregar las mercaderías en aquel país. La pregunta clave es qué se entiende por "entrega" en Internet ¿cargar (*uploading*) la información a la Red? ¿hacerla accesible al cliente (*making it accessible*)? ¿o bajarla (*downloading*) al sistema informático de este último? Se sostiene que la distinción misma entre *dettes quérables* y *dettes portables* podría resultar inadecuada al nuevo contexto.

Finalmente, el art. 9° somete la venta en subasta pública o en un mercado bursátil a la ley del Estado en que tenga lugar la subasta o se en-

(14) Ver también KRONKE, HERBERT, *Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1996, págs. 985 y 988.



cuentre el mercado bursátil. Las subastas en Internet son ya populares en Estados Unidos y en Europa y podrían transformarse en un fenómeno de masas. En la Argentina funciona *Mercado-Libre.com*<sup>(15)</sup>, que está asociado con *eBay*<sup>(16)</sup>, el mayor centro de compra y venta en Internet del mundo con sitios en 20 países. La Red es también utilizada por organizaciones como el New York Stock Exchange (*NYSE e-Broker*)<sup>(17)</sup> como instrumento para concluir transacciones. En estos últimos casos, podría sostenerse que las leyes argentina y de Nueva York se aplicarán a las transacciones. Pero la situación no es tan clara cuando se trata de una subasta que tiene lugar enteramente en la Red y no es organizada por una institución, o cuando se trata de un intercambio espontáneo del que participan varias personas con varios lugares de establecimiento o residencia habitual.

El profesor KRONKE concibe dos posibles soluciones para estos problemas: o una simplificación radical del sistema de conflictos de leyes mediante la elección expresa por las partes de la ley aplicable al contrato, o la exclusión del comercio electrónico del ámbito de la Convención.

## VI

### Autonomía de las partes

Es usual que los contratos electrónicos contengan una cláusula de elección de ley aplicable porque las empresas son normalmente muy cuidadosas en identificar las implicancias legales de sus contratos<sup>(18)</sup>. Una cláusula estándar de elección de ley aplicable del estilo "Este contrato se rige por la ley argentina" o "Los términos y condiciones del servicio se rigen por la ley argentina" (usualmente el país de la sede del comerciante o del proveedor de Internet) es enviada al cliente por escrito o aparece en el monitor cuando el usuario utiliza el portal y los servicios del mismo<sup>(19)</sup>. La elección puede ser también implícita. La elección implícita se infiere de los términos del contrato y de la conducta de las par-

tes en su conjunto. Pero se debe tratar de una elección real, no hipotética. La elección de las partes debe quedar "claramente demostrada"<sup>(20)</sup>.

Ahora bien, la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable sólo se admite en contratos internacionales, es decir, que ponen en contacto diversos sistemas jurídicos nacionales. En Internet, en los contratos de ejecución enteramente virtual (ej. una compraventa de un software, de un libro electrónico o de una grabación musical cuya entrega se produce mediante la descarga (*downloading*) en la computadora desde Internet, o una prestación de servicios como el acceso a una biblioteca *on line*, a una base de datos, etc.), el contrato 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 importa. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico introduce acertadamente este criterio en el art. 15.4<sup>(21)</sup>.

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

En todo caso, la prominencia de la autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable a los contratos del ciberespacio debe ser enfatizada, tanto por razones técnicas como por razones de justicia para con todas las posibles partes involucradas. De ahí que la prueba documentada

(15) <http://www.mercadolibre.com.ar>

(16) <http://www.ebay.com>

(17) <http://www.nyse.com>

(18) DICKIE, JOHS, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 1999, pág. 85.

(19) Ver los "Términos de Uso" de America Online Argentina: <http://www.aol.com.ar>

(20) Convención de La Haya, art. 7° y su comentario, N° 47. Ver también WUENBERG DE ROCA, INÉS M., *Derecho internacional privado*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 181 y ss., y la legislación y jurisprudencia citadas.

(21) Ver también las observaciones de la Comisión a ese artículo, N° 105 a 107.



y accesible para consulta posterior de dicha elección revista la mayor importancia<sup>(22)</sup>.

## VII Normas de conflicto subsidiarias en ausencia de autonomía de las partes

Los casos en que las partes no han pactado la ley aplicable al contrato internacional es más probable que ocurran en *one-off transactions*, como las concluidas por correo electrónico o por teléfono, ya que usualmente no habrá oportunidad para que alguna de las partes incorpore sus condiciones generales<sup>(23)</sup>. Podría ocurrir también que una empresa que vende sus productos o servicios a través de un sitio *Web* decidiera que es una buena política de marketing no establecer términos y condiciones excesivamente largos y detallados<sup>(24)</sup>.

En la hipótesis de que las partes no hayan elegido el derecho aplicable, los arts. 1209 y 1210 del cód. civil argentino someten el contrato internacional a la ley del lugar de su cumplimiento (*lex loci solutionis*), que en el caso de los contratos sinalagmáticos se establece en el domicilio del deudor de la prestación más característica (arts. 1212 a 1214, cód. civil).

La determinación de la prestación relevante o característica para la localización del contrato no se ve afectada por el empleo de la Internet como medio para la celebración del negocio o para la ejecución de las obligaciones de las partes<sup>(25)</sup>. Así, una venta o un contrato de obra *celebrado por Internet* no es diferente del celebrado estando las partes presentes en un lugar, o por medio de representantes o por correspondencia epistolar. Son siempre el vendedor y el empresario quienes cumplen las prestaciones típicas. Ocurre igual con los contratos de *ejecución virtual*. La prestación característica la realiza, con carácter general, el contratante que presta servicios o transmite bienes digitales a través de la Red, es decir: el proveedor de acceso a Internet (*Internet Service Provider*; en la Argentina: AOL, UOL-Sinectis, Intermedia, etc.), el proveedor de alojamiento de sitio web (*Internet Presence Provider* o *Hosting Service Provider*; en la Argentina: Compaq, IBM, Star-

Media, etc.), el editor o proveedor de contenido de página web (*Web Site Designer* o *Web Site Developer*), y el proveedor de servicios *on line*, tales como servicios comerciales de información, de consultoría y de reservaciones, e incluso de mensajería electrónica o *e-mail* y de charla interactiva.

Tampoco la definición de domicilio o de sede de la sociedad resultan menoscabados por el empleo de las nuevas tecnologías. Aunque pueden dificultar su localización. En particular si el sitio *web* no contiene la mención de la dirección física del establecimiento. La utilización de una dirección de Internet que lleve un determinado sufijo geográfico (.ar, .br, .es, .fr, .uk, por ejemplo) puede resultar indiciario de que la sede de la empresa está en Argentina, Brasil, España, Francia o Inglaterra respectivamente. Pero no es decisivo. Hay que investigar cuál es su domicilio *real*. Sólo el domicilio real del deudor de la prestación característica es gravitatorio para vincular el contrato con su derecho aplicable.

Se plantea, por último, la necesidad de investigar el derecho aplicable a contratos comerciales más complejos, que involucren más partes y más domicilios o sedes, en los que no es posible determinar, con fundamento razonable, una o más prestaciones como características del negocio en su conjunto. Pongamos por caso el señalado por KRONKE, en el cual IBM o Siemens encargan a programadores domiciliados en India y en Escocia que colaboren en el desarrollo de un software de computación conjuntamente con expertos de la compañía en los Estados Unidos o Alemania<sup>(26)</sup>. En situaciones como esta, resulta extremadamente dificultoso determinar el derecho nacional subsidiariamente aplicable. Si las sociedades o personas efectúan prestaciones de objetos complementarios y diversos, hay que investigar cuál de ellas presta la colaboración característica. Pero si efectúan prestaciones con igual objeto o rasgos caracterizadores semejantes, se ha sugerido acumular los derechos domiciliarios, comparar sus resultados y adaptar la aplicación de ellos de modo que se alcance una solución equitativa respetando el fin económico del negocio<sup>(27)</sup>. Es evidente, una vez más, la conveniencia de que las partes acuerden el derecho aplicable al contrato

(22) KRONKE, HERBERT, *Applicable...*, pág. 84.

(23) DICKIE, JOHN, *ob. cit.*, págs. 86 y 87.

(24) DICKIE, JOHN, *ob. cit.*, pág. 87.

(25) JUNKER, A., *Internationales Vertragsrecht im Internet, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, vol. 45, 1999, pág. 818.

(26) KRONKE, HERBERT, *Applicable...*, pág. 79.

(27) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. II, págs. 694, 695 y 795.



mediante el ejercicio conciente y debidamente documentado de la autonomía conflictual.

## VIII

### Normas de policía, protección del consumidor y condiciones generales de los contratos internacionales estándar. El contrato *click-wrap*

En la Internet, los contratos de adhesión suelen aparecer con más frecuencia aún que en otros contextos<sup>(28)</sup>. Condiciones generales referidas detallada y exhaustivamente a las eventuales controversias sobre el contrato y que normalmente incluyen cláusulas de elección de foro y de ley aplicable son establecidas unilateralmente por el comerciante internauta y presentadas al cliente en la pantalla de su computadora cuando está contemplando la conclusión del contrato. No hay negociación posible de los términos. Si el cliente hace clic con su mouse en la celda marcada "Acepto" (*I Agree, Click Here if You Agree*) acepta las condiciones y se le permite continuar. De ahí el nombre de *contratos click-wrap* con que se los conoce.

En términos generales, tratándose de contratos internacionales estándar, la cuestión de si las condiciones generales han sido válidamente incluidas en el contrato se rige por la ley aplicable al contrato (*lex contractus*) elegida por las partes o designada por la norma de conflicto subsidiaria aplicable<sup>(29)</sup>.

Se admite, empero, una restricción a la regla de la *lex contractus* en el caso de contratos celebrados con consumidores, cuando en el país de su residencia habitual hubiere normas imperativas conforme a las cuales la conducta del consumidor no puede ser considerada como aceptación de los términos del contrato<sup>(30)</sup>. La aplicación de los estándares de protección del domicilio del consumidor se impone justificadamente en el campo de la contratación electrónica toda vez que se produce la ruptura del equilibrio entre las partes. Privar al consumidor internauta de la protección acordada a los

consumidores "clásicos" conduciría a excluir a un segmento considerable del consumo del campo de la protección, por el sólo motivo de que los canales de publicidad y de distribución han cambiado<sup>(31)</sup>. Posición ésta que iría a contramano de los derechos sociales adquiridos en las últimas décadas<sup>(32)</sup>. Es necesario prevenir, sin embargo, contra una aplicación indiscriminada de la ley del domicilio fundada simplemente en las peculiaridades de las nuevas técnicas de comunicación. Algunos legisladores y jueces podrían sentirse tentados a hacerlo. Ello podría ser una buena política de protección del consumidor, pero sería una mala política legislativa<sup>(33)</sup>.

Ahora bien, las consideraciones precedentes en torno a la aplicación de normas de policía extranjeras son atinentes siempre y cuando la materia regulada por las condiciones generales del contrato internacional no sea alcanzada por una norma de policía de derecho internacional privado argentino. Porque las normas de policía del derecho internacional privado del juez (*lex fori*) son exclusivas y excluyentes de toda otra. Un ejemplo se halla en el art. 604 de la ley de navegación 20.094 [E.D. 50-687] que somete a dicha ley la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje en "todo contrato de transporte de personas por agua celebrado en la República o cuyo cumplimiento se inicie o culmine en puerto argentino, sea el buque nacional o extranjero, o cuando sean competentes para entender en la causa los tribunales argentinos". Se busca proteger al pasajero típicamente débil. Otras normas de policía argentinas que interfieren sobre los contratos internacionales destinadas a satisfacer determinados objetivos, como el art. 2º de la ley 12.988 que prohíbe asegurar en el extranjero personas, bienes o cualquier interés asegurable de jurisdicción nacional<sup>(34)</sup>, no pueden tampoco dejar de ser cumplidas en el comercio internacional electrónico.

(28) KRONKE, HERBERT, *Applicable...*, pág. 80.

(29) Sobre este tema, ver BOGGIANO, ANTONIO, *International Standard Contracts, A Comparative Study*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. 170, 1981-I, págs. 9 a 113.

(30) Ver, WEINBERG DE ROCA, INÉS M., *ob. cit.*, pág. 206 y ss.

(31) KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, *Internet mondialisation de la communication mondialisation de la résolution des litiges?*, en *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies?*..., *cit.*, págs. 138 y 139.

(32) KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, *ob. cit.*, pág. 139.

(33) KRONKE, HERBERT, *Applicable...*, pág. 83.

(34) Ver nuestro estudio *El contrato de seguro multinacional*, Abaco, Buenos Aires, 1998, pág. 115 y ss.



## IX Forma

Las partes pueden elegir para la forma del contrato un derecho aplicable distinto del elegido para regular el fondo del negocio jurídico.

Si no hay elección del derecho aplicable, los contratos celebrados entre partes que se encuentran en países diferentes están regidos en cuanto a su forma por el derecho más favorable a su validez (*favor validitatis*; art. 1181, cód. civil). Hay que comparar los regímenes de formas vigentes en los derechos conectados al caso. En Internet, suelen ser el derecho aplicable al contrato (*lex causae*), el que rige en el establecimiento de la empresa y el del domicilio del usuario o cliente internauta. O el de las diferentes empresas involucradas cuando se trate de contratos complejos de colaboración. También el derecho del lugar de entrega de las mercaderías en el caso de venta de bienes materiales concluida *on line*. Rigen alternativamente esos derechos, es decir, el más favorable a la validez del contrato.

Ahora bien, en los contratos internacionales se requiere usualmente el cumplimiento de dos tipos de formalidades: escritura y firma. Estos requisitos, que se basan en el empleo de la documentación tradicional con soporte papel y que pueden ser exigidos por la ley o por las propias partes contratantes, presentan dificultades cuando se traspolan al comercio electrónico y constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de las nuevas tecnologías.

Efectivamente, el aspecto más impresionante del comercio electrónico es la desmaterialización del soporte, la desaparición del papel, que ha sido por largo tiempo el vehículo de la voluntad de las partes contratantes<sup>(35)</sup>. De ahí que si se busca dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática al campo contractual, es necesario ampliar el alcance de conceptos como los de "escrito" y "firma" en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil que permita la atribución a un mensaje de datos de un reconocimiento legal equivalente al de un documento papel que haya de desempeñar idéntica función. Este criterio ha sido seguido por el art. 7º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Interna-

cional; y el art. 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha sido interpretado de la misma manera. Otros textos internacionales y legislaciones nacionales podrían ser adaptados, por vía de interpretación o de una reforma de la normativa aplicable cuando se requiera, para mantenerlos al corriente de los desarrollos técnicos que se produzcan en este campo. La adaptación no tiene necesariamente que eliminar por completo el requisito de un escrito ni trastocar los conceptos jurídicos en que se basa dicho requisito. Más bien se trata de analizar los objetivos y funciones de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Lo esencial es que el mensaje de datos cumpla las funciones de un escrito; que satisfaga las razones por las cuales el derecho interno requiere la presentación de un "escrito". He aquí el denominado "criterio del equivalente funcional" que eligió la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996<sup>(36)</sup>.

Según la Ley Modelo, "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" (art. 6º). El art. 6º no pretende establecer el requisito de que, en todos los casos, los mensajes de datos deben cumplir todas las funciones imaginables de un escrito. Al fin y al cabo un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas sus funciones. En vez de concentrarse en funciones específicas del escrito como su función probatoria o de advertencia a los interesados sobre la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato, el art. 6º se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. Idea que se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo. La palabra "accesible" presupone que el mensaje sea legible e interpretable y que los programas informáticos necesarios para hacer legible esa información se encuentren disponibles. La referencia a la "consulta ulterior" se

(35) KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, *ob. cit.*, pág. 126.

(36) Guía..., §§ 15 a 18.



prefirió a las nociones de "durabilidad" o "inalterabilidad" juzgadas demasiado restrictivas, y a las de "legibilidad" o "inteligibilidad" consideradas demasiado subjetivas<sup>(37)</sup>.

La Ley Modelo ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto también de la noción de "firma". El art. 7° se centra en las dos funciones jurídicas básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento. Se establece que en las comunicaciones electrónicas ambas funciones quedan satisfechas cuando se utiliza un método que identifique al iniciador de un mensaje de datos y que confirme que la persona aprueba la información en él consignada (art. 7.1.a). Para determinar si el método seleccionado es apropiado, han de tenerse en cuenta los factores jurídicos, técnicos y comerciales presentes en el caso, incluido cualquier acuerdo pertinente entre las partes o acuerdo de comunicaciones como los reglamentos y procedimientos administrativos y técnicos aplicables a las comunicaciones de mensajes de datos a través de la Red. Algunos factores utilizables son la perfección técnica de los equipos utilizados por cada una de las partes, la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por los proveedores de acceso a Internet, el grado de aceptación del método de identificación en la industria o esfera de que se trate, la observancia de los usos y prácticas comerciales y la función de los requisitos de la firma con arreglo a la normativa aplicable<sup>(38)</sup>. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI adoptó el 12 de diciembre de 2001 una Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, que desarrolla los principios fundamentales enunciados en el art. 7° de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

Cabe detenerse, por último, sobre un aspecto relevante de la forma que nos lleva en definitiva a la cuestión de la formación del fondo del contrato. Se trata de la *atribución de los mensajes de datos*. ¿En qué circunstancias un mensaje de datos se considera emanado del iniciador? ¿El iniciador queda obligado aun cuando el mensaje haya sido enviado por una persona distinta de la que consta como iniciador o incluso por un sis-

tema de información programado para operar automáticamente sin intervención humana? Así como en el caso de una comunicación consignada sobre papel podría surgir el problema a raíz de una firma presuntamente falsificada del supuesto expedidor, en las comunicaciones electrónicas puede suceder que una persona no autorizada haya enviado el mensaje, pero que la autenticación mediante una clave, criptografía o medio similar sea correcta. La Ley Modelo establece una presunción de que en ciertas circunstancias un mensaje de datos se considera emanado del iniciador, salvo cuando el destinatario sabía o debiera haber sabido que el mensaje de datos no emanaba del iniciador (art. 13). La cuestión de si la otra persona estaba de hecho y de derecho facultada para actuar en nombre del iniciador se rige por la legislación nacional aplicable al mandato o la representación. Asimismo, un mensaje de datos es atribuido al explotador del sistema del cual emana, aun si ese sistema está programado para funcionar automáticamente, si el destinatario tiene razón para considerar que el mensaje emana del iniciador por cuanto ha aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin<sup>(39)</sup>. En conclusión, en la Ley Modelo la noción de atribución sustituye a la noción clásica de representación, pero la confianza continúa siendo un factor clave<sup>(40)</sup>.

Nos resta sólo insistir en que la cuestión de la validez jurídica de un mensaje de datos deberá dirimirse, en definitiva, con arreglo a la normativa de fuente internacional o de fuente interna aplicable. La Ley que rige la forma del acto decide si un mensaje de datos cumple el requisito de un "escrito" y si la firma de un mensaje de datos mediante el equivalente funcional de una firma manuscrita basta de por sí para darle validez al mensaje. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no ha sido incorporada a la legislación interna argentina, lo que no obsta a que sus disposiciones y la información de antecedentes y explicativa consignada en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno pueda orientar a los jueces, abogados y estudio-

(39) Guía..., §§ 83 a 86.

(40) DESSEMONTIEL, F., *La dématérialisation des conventions*, *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle* (AJP/PJA) 1997, 939, 940, citado por KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, ob. cit., p. 130.

(37) Guía..., § 50.

(38) Guía..., §§ 56, 58 y 60.



sos en la solución de futuros casos que se presenten, cuando el derecho interno argentino resulte aplicable a la hipótesis.

Es obvia la importancia de proveer a los actores de la Internet de instrumentos adecuados para salvaguardar la autenticidad de los mensajes de datos, como son los procedimientos de encriptación y autenticación, cuyos responsables podrían jugar una suerte de rol de notarios públicos del ciberespacio. La Ley Federal alemana que establece las Condiciones Generales para los Servicios de Información y Comunicación de 1º de agosto de 1997 privilegia la supervisión de los procesos por sobre la regulación de los contenidos<sup>(41)</sup>, enfoque que, para KRONKE, podría constituir un primer paso para el aumento del rol de la autonomía de las partes en la nueva era de los contratos informáticos<sup>(42)</sup>.

## X

### La evicción de la ley normalmente aplicable: el orden público y el fraude a la ley

Un primer límite a la autonomía de las partes o a la aplicación del derecho seleccionado por la norma de conflicto en los contratos internacionales está dado por los principios de orden público del derecho internacional privado del juez que dictó la sentencia. En el derecho argentino, estos principios son afectados cuando una cláusula del contrato es abusiva (art. 1071, cód. civil), lesiva (art. 954, cód. civil), de mala fe (art. 1071, cód. civil) o contraria a la moral (arts. 953 y 1167, cód. civil)<sup>(43)</sup>. Sería incompatible con el espíritu de la legislación argentina (cláusula de reserva, art. 14, inc. 2º, cód. civil). También cuando una solución concreta del derecho extranjero competente lesionara algún principio argentino. Por lo que habrá de procurarse las adaptaciones necesarias para compatibilizar ambos sistemas jurídicos.

El segundo límite, y quizás el más interesante en el contexto de la Internet, es la prohibición de celebrar contratos en fraude a la ley (*in fraudis legis*). Este principio se funda en los artículos 1207 y 1208 del cód. civil que desconocen

eficacia en la Argentina a los contratos internacionales cuando persiguen la violación de las leyes argentinas o extranjeras. Debe impedirse que los fraudulentos obtengan la ganancia especial del fraude. Retomemos el ejemplo de la venta a consumidores. Supongamos que una empresa que publicita y vende sus productos por Internet advierte en su página *Web* que no desea celebrar contratos con consumidores del extranjero, o de un determinado país, o exige a los consumidores que indiquen su país de residencia, rechazando transacciones no deseadas, con la intención de evitar ser sometido a una ley extranjera desfavorable o desconocida. Si un consumidor cita una residencia falsa para poder concluir un contrato con un proveedor reticente, está claro que el consumidor no podría luego reclamar la protección de las normas imperativas del país de su verdadera residencia<sup>(44)</sup>.

Supongamos ahora que es la empresa la que crea apariencia de domicilio en el extranjero, para lo que registra el nombre de dominio con una extensión nacional ficticia, a la vez que redacta la página *Web* y denomina los precios de los bienes y servicios que ofrece en el idioma y la moneda de aquel país. No cabe que después exija la aplicación de la ley de su verdadero domicilio a los hechos controvertidos, con base en los arts. 1212 a 1214 del cód. civil argentino. Porque el cliente se vería injustamente sujeto a un derecho ajeno al previsto para regir el contrato. En cambio, cabría aplicar el derecho de la sede real de la empresa si es más favorable a la pretensión del cliente víctima de la conducta fraudulenta. Naturalmente que incumbe a la empresa destruir la presunción de fraude, suministrando las razones objetivas que justificaron esa conducta aparentemente extraordinaria<sup>(45)</sup>.

Desde otra perspectiva, se reconoce un control de orden público por parte del país donde la sentencia pretende hacerse valer. Así, una sentencia extranjera que dispusiese una solución contraria al art. 1208 mencionado no sería susceptible de reconocimiento o ejecución en la República. Tampoco una sentencia que impusiese una solución contraria a las normas de policía del art. 604 de la ley de navegación o del art. 2º de la ley 12.988 exclusivamente aplicables en el

(41) *Informations und Kommunikationsdienste Gesetz* (IuKDG), principalmente el art. 3 relativo a la firma digital (*Signaturgesetz* SigG).

(42) KRONKE, HERBERT, *Applicable...*, pág. 86.

(43) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho...*, t. II, págs. 297 y 298.

(44) Ejemplo citado por DICKIE, JOHN, ob. cit., pág. 86.

(45) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho...*, t. I, pág. 483.



caso. Conculcarían los principios de orden público del derecho argentino (art. 517, inc. 4º, CPCN).

## XI

### Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, obtención de pruebas en el extranjero y legalización

En los procedimientos internacionales puede ser necesario obtener pruebas en el extranjero. El art. 9º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dispone que no debe negarse la admisión como prueba de los mensajes de datos en actuaciones judiciales por la sola razón de que figuran en formato electrónico (párr. 1º). Y el párr. 2º brinda orientación útil sobre cómo valorar la fuerza probatoria de los mensajes de datos, por ejemplo, en función de si han sido generados, archivados o comunicados en forma fiable<sup>(46)</sup>. Ahora bien, en jurisdicción argentina, la admisibilidad y apreciación de un documento o transmisión electrónicos queda en definitiva sometida a la ley que rige el contrato en discusión (art. 2º, ambos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940).

La Argentina adhirió a la Convención sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial adoptada en La Haya el 18 de marzo de 1970 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (ley 23.480 [EDLA, 1987-A-282], B.O., 23/4/1987). Entre el 2 y el 4 de septiembre de 1999, el Bureau Permanente de la Conferencia en colaboración con la Universidad de Ginebra organizó una Mesa Redonda sobre temas de derecho internacional privado relacionados con el comercio electrónico y la Internet. La conclusión unánime de la Comisión VI, que tuvo a su cargo la discusión de este tópico, fue que *el espíritu, estructura y texto de la Convención de La Haya no constituyen impedimento alguno para la obtención de pruebas por medios electrónicos* y en particular que *la palabra "exhorto" no debe ser interpretada como un obstáculo para el uso de medios electrónicos* para lo que hizo hincapié en que la Convención no da una definición de la forma que ha de revestir el exhorto. Se destacó que el art. 9º,

párr. 3º establece que "Los exhortos deberán ser ejecutados con carácter de urgentes", y que las transmisiones electrónicas constituirían un método muy efectivo de llevar a la práctica esa disposición. La Comisión concluyó también que el uso de autoridades centrales (art. 2º, párr. 1º) y otras autoridades especificadas en el art. 24, lejos de devenir redundante con las nuevas técnicas de transmisión, puede ser útil cuando la autoridad judicial del país de origen no pueda identificar al tribunal con jurisdicción en el Estado requerido o en los supuestos de denegatoria de ejecución de un exhorto (art. 12). En cuanto al uso de la criptografía y otras técnicas similares destinadas a garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de los documentos o transmisiones electrónicos, la Comisión concluyó que no deben ser consideradas incluidas entre las "formalidades" prohibidas por el art. 3º, último párrafo de la Convención. Por último, la Comisión no encontró objeción al uso de los nuevos medios de comunicación, incluida la videoconferencia y otros métodos similares, para interrogar a testigos a distancia, siempre que el procedimiento se solicite por medio de un exhorto o a tenor de una interpretación funcional del art. 17<sup>(47)</sup>.

En la Mesa Redonda de Ginebra se discutió también la posible adaptación de la Convención que suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros adoptada en La Haya el 5 de octubre de 1961 (ley 23.458 [EDLA, 1987-A-218], B.O., 21/04/87). La Comisión VI fue unánime en decir que el método del equivalente funcional permitiría que el registro o fichero de las acotaciones que prescribe el artículo 7 sea mantenido en formato electrónico. En cambio, la posibilidad de que la propia apostille a que se refiere el art. 6º sea hecha electrónicamente dependería, al menos en parte, de que el documento a apostillar sea también un documento electrónico<sup>(48)</sup>.

(47) *Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce/Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique*, Document drawn up by Catherine Kessedjian, Deputy Secretary General, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 7 of April 2000 for the attention of the Special Commission of May 2000 on general affairs and policy of the Conference, Chapter III, § 6.1.

(48) *Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce*, cit., § 6.2.

(46) Guba..., §§ 70 y 71.



## XII

**La *lex electrónica*: ¿un *common-law* de la Internet?**

Algunos autores han señalado a la *lex mercatoria* que se desarrolló en las ferias europeas de la Edad Media como un posible modelo de ley para el ciberespacio<sup>(49)</sup>.

Se han propuesto diversas terminologías para denominar a esta normativa material especialmente diseñada para Internet. Se la ha llamado *lex electrónica*, *lex informática*, *lex networkia*, *lex cyberspace*, *cyber-lex*. Aunque la alocución más popular parece ser la de *CyberLaw*, y su traducción literal a los diversos idiomas: *cyberdroit*, *ciberdiritto*, *Cyberrecht*, *ciberdireito*, *ciberderecho*.

La regulación podría tener una doble fuente nacional e internacional, y adoptar modelos diferentes: autorregulaciones de los proveedores de acceso a Internet por medio de estipulaciones contractuales entre el abonado y el proveedor de servicios y entre el editor y el proveedor de alojamiento; adopción de códigos de buena conducta de los internautas que garanticen una comunicación comercial responsable sobre la Internet; compilación de las costumbres y prácticas desarrolladas por los tribunales nacionales con el asesoramiento de los usuarios, los gobiernos y la industria de la Internet; definición de los principios comunes de aplicación al comercio electrónico identificados por profesionales u organismos internacionales; etcétera.<sup>(50)</sup>

La unificación de un nuevo derecho común del ciberespacio —se ha dicho— tendría la ven-

(49) BURNSTEIN, MATTHEW, ob. cit., ps. 27 a 30; Post, David G., *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, *Journal of online Law*, 1995, art. 3; JOHNSON, DAVID R. y POST, DAVID G., *Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*, 48 *Stanford Law Review*, 1996, págs. 1367 a 1402; COSTES, LIONEL, *Les contours encore incertains de la future "société de l'information"*, *Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAl)*, N° 4, 1996; SIRINELLI, PIERRE, "L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du r"le de l'Etat?", en *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies?...*, cit., ps. 5 a 20; y MAYER, FRANZ, *Recht und Cyberspace*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 49, 1996, págs. 1782 a 1791; BALLARINO, TITO, *Internet nel mondo della legge*, Cedam, Padova, 1998, pp. 51 a 55; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA, *Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico*, *Revista Contratación Electrónica (RCE)*, Sevilla, n° 4, 2000, ps. 25 a 67.

(50) SIRINELLI, PIERRE, ob. cit., págs. 14 a 20.

taja de suprimir las graves dificultades que traen aparejados para el comercio electrónico los conflictos de leyes entre los diversos países. Y la razón es simple: disposiciones directas y sustanciales universalmente uniformes establecerían las soluciones definitivas de las cibercontroversias. Ello aumentaría la certeza y predictibilidad de las actividades *on-line*, lo que podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas más armoniosas. Pero sobre todo MATTHEW BURNSTEIN defendió esta solución con argumentos oriundos de la Internet. BURNSTEIN sostiene que esta *law cyberspace*, al ser una legislación en constante formación, tendría una mayor capacidad para responder y adaptarse a los desarrollos tecnológicos y jurídicos. A diferencia del lento proceso legislativo convencional, esta *law cyberspace* podría adecuarse mejor a la cultura y la tecnología siempre cambiantes de la Internet<sup>(51)</sup>.

Hay quienes van aún más lejos y proponen dotar a este derecho (u ordenamiento) de la "comunidad de los internautas" de instancias propias competentes para la aplicación del derecho, ajenas a la justicia estatal y al arbitraje tradicional del comercio internacional. Se conformaría una "justicia virtual" que tendría a su cargo la determinación de las normas aplicables y la solución de las controversias entre los actores de la Internet. E incluso una cierta capacidad de hacer respetar coactivamente el *derecho*, es decir, de adoptar medidas con la finalidad de exigir el cumplimiento de la obligación no observada por los internautas y de expulsar de la Red a los infractores.

En mi opinión, resulta posible identificar un cuerpo de reglas como integrantes de una incipiente *lex electrónica*. Comprende en primer lugar una serie de principios generales aplicables en el mundo virtual, que pueden o no ser universales, como la libertad de expresión y de comunicación en la Red y de no discriminación del medio digital<sup>(52)</sup>. En segundo lugar incluye las reglas desarrolladas en convenciones internacionales y en otros documentos elaborados por expertos de organizaciones internacionales, como las leyes modelo de la CNUDMI sobre Comer-

(51) BURNSTEIN, MATTHEW, ob. cit., págs. 28 y 29.

(52) Sobre este tema ver, LORENZETTI, RICARDO L., *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, págs. 46 a 52.



cio Electrónico y sobre las Firmas Electrónicas y la Directiva europea sobre el Comercio Electrónico<sup>(53)</sup>. Por último, cabría agregar las reglas derivadas de modernas legislaciones nacionales donde el comercio electrónico ha alcanzado gran desarrollo y que se adecuan bien a las transacciones internacionales, como el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos<sup>(54)</sup>. Pero es menester advertir que estas reglas están todavía en proceso de formación y sus contenidos no son siempre precisos y constantes.

Ahora bien, ¿pueden las partes elegir como derecho aplicable a un contrato internacional "los usos y costumbres del comercio internacional electrónico" o el "derecho transnacional de la Internet" o la *lex electrónica*, sin hacer referencia a instrumentos específicos como la Ley Modelo o el *Uniform Commercial Code*? Y aun, ¿es posible considerar a la *lex electrónica* como un ordenamiento jurídico autónomo con validez normativa, aun sin que las partes la hubieran elegido? ¿es dable pensar que el contrato electrónico pertenece por su naturaleza, está localizado, en el ciberespacio, prescindiendo de todo el sistema de normas de conflicto que indican un derecho aplicable del cual desprender su regulación?

A mi juicio la *lex electrónica*, como la *lex mercatoria*, es aplicable en principio sólo si las partes convinieron expresa o implícitamente aplicarla. Por lo que los jueces nacionales o los árbitros no pueden referirse a ella equiparándola a un derecho estatal sin fundamento en la autonomía de la voluntad, por la sola razón de que el contrato fue concluido por Internet y es de ejecución enteramente virtual.

Además las partes deben indicar reglas precisas y constantes de la *lex electrónica* que desean incorporar al contrato, ya que la referencia a la *lex electrónica* sin más no autoriza a los jueces a aplicar principios generales de gran vaguedad, prescindiendo de sus normas de conflicto que le

indican un derecho estatal del cual desprender una regulación concreta.

Por otra parte, la *lex electrónica* no es supranacional, y como cualquier otro sistema jurídico que es extranjero al foro puede ser derogado por las normas de policía del juez y posiblemente de algún otro derecho vinculado al caso, y por el orden público.

Se trata, ni más ni menos, que de algunas consideraciones de los autores sobre la interrelación entre la *lex mercatoria* y los derechos estatales en los contratos internacionales que me parecen aplicables *mutatis mutandi* a las reglas de la nueva *lex mercatoria* que pueden haberse desarrollado en la contratación internacional en Internet<sup>(55)</sup>.

### XIII Metodología general para los casos atípicos. Conclusiones

Creemos haber demostrado a lo largo de los párrafos que preceden que las reglas del derecho internacional privado clásico proporcionan soluciones eficaces a los problemas planteados por la utilización de las nuevas tecnologías como medio para negociar, concluir o cumplir contratos internacionales. Y ello se explica fácilmente. En términos generales, los problemas jurídicos que revela la Internet no son nuevos. Son los problemas de siempre (contratos, responsabilidad civil por actos ilícitos, etc.), aunque presentados con un *ropaje tecnológico novedoso*<sup>(56)</sup>. Problemas, por otra parte, que son inherentes a un mundo de diversidad legal<sup>(57)</sup>: Pero los problemas jurídicos son los mismos en el mundo real que en el virtual. Entre otras cosas, la Internet no es sino otro modo de celebrar contratos *inter absentes*, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde la época de SAVIGNY<sup>(58)</sup>.

(55) VET NYGH, PETER, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press Oxford, 1999, pág. 177 y ss., especialmente págs. 197 y 198; y BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho...*, t. II, págs. 310 a 314, y a la bibliografía citada en ambas obras.

(56) CALVO CARAVACA, ALFONSO L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, ob. cit., págs. 22 y 23.

(57) FENTIMAN, RICHARD, *Conflicts of Law in Cyberspace*, International Federation of Computer Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law, Brussels, 1996, pág. 28, nota 5.

(58) CALVO CARAVACA, ALFONSO L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, ob. cit., pág. 23.

(53) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la informatización, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Diario Oficial N° L 178 de 17/7/2000 P. 0001-0016; <http://www.europa.eu.int>

(54) *Uniform Commercial Code-UCC, 2002 Official Text with Comments, Article 1 (General Provisions) and Article 2 (Sales)*, prepared under the joint sponsorship of The American Law Institute (ALI) and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).



Además, la iniciativa de construir una *International CyberLaw* es más un deseo que una realidad. Las leyes modelo de la CNUDMI constituyen apenas un primer paso hacia la unificación del derecho de Internet. Por lo que el recurso al derecho internacional privado tradicional constituye la alternativa real.

Es posible, sin embargo, concebir casos en que los criterios tradicionales de derecho internacional privado sean inadecuados a las realidades actuales por su incapacidad de precisar una vinculación entre el caso y un determinado país. Criterios como el "lugar de celebración", el "lugar de ejecución" o el "domicilio del deudor" pueden ser imposibles de localizar en los contratos concluidos *on line*. Entonces puede ser preciso adoptar, subsidiariamente, criterios más flexibles, puntos de conexión abiertos, que no aparezcan fundados exclusivamente en la vinculación del negocio con un lugar y que conduzcan a aplicar, con fundamento razonable, una ley estatal concreta. Precisamente una doctrina ha sostenido que, para responder a los desafíos del cambio del espacio territorial al ciberespacio, puede ser necesario un "cambio metodológico" del conflictualismo tradicional (*categorical analysis*) a uno finalista (*functional analysis*)<sup>(59)</sup>. Naturalmente esta doctrina refleja la notable influencia de CAVERS y CURRIE en el derecho internacional privado en los Estados Unidos. Si bien ha sido defendida también por algunos autores alemanes<sup>(60)</sup>.

Creo que estas ideas son muy aprovechables, en cuanto preconizan el logro de soluciones puntuales apropiadas. Aunque tememos de los postulados que excluyen todo criterio espacial para retener sólo la *better law*. Por la misma razón, no cabe tampoco elegir sin más el "derecho más próximo", al extremo de renunciar al establecimiento de puntos de conexión razonablemente precisos<sup>(61)</sup>. Sería sumir a las partes en el riesgo

(59) GELLER, PAUL, ob. cit., págs. 27 a 48 (es profesor de International Intellectual Property en la University of Southern California Law Center).

(60) HOEREN, THOMAS, *Electronic Commerce and Law Some Fragmentary Thoughts on the Future of Internet Regulation from a German Perspective*, en "Legal Aspects of Globalization", editado por Jürgen Basedow y Toshiyuki Kono, Kluwer Law International, The Hague, 2000, págs. 40 y 41; y KUNER, CH., *Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet*, Computer und Recht, 1996, págs. 453 a 458.

(61) Ver LAGARDE, PAUL, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, Cours général de

de la incertidumbre sistemática sobre sus derechos subjetivos<sup>(62)</sup>.

En cambio, parece adecuado dotar a los criterios generales de cierta flexibilidad, a fin de rectificarlos en los casos atípicos. La fórmula que privilegia un grupo determinado de puntos de conexión, a la vez que introduce a título excepcional el *principio de proximidad*, ha sido adoptada por la reciente Convención de La Haya de 1985 sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de Mercaderías. La Convención de La Haya se esfuerza en prever las diferentes hipótesis posibles (art. 8º, párrs. 1º y 2º), pero, consciente de la gran variedad de situaciones de hecho, establece una cláusula de excepción librada a la apreciación del juez (art. 8.3). En el contexto de la Internet, en el cual los casos jurisprudenciales multiestatales nos enfrentan con mayor frecuencia con situaciones en que los criterios tradicionales pierden virtualidad localizadora, esta fórmula "flexible" del principio de proximidad podría funcionar bien, porque permitiría conciliar la previsibilidad de la solución y el realismo del resultado. Pero bien entendido que no se trata de sustituir enteramente la norma de conflicto establecida por el legislador, sino de dar soluciones "típicamente atípicas" a situaciones inéditas en el comercio internacional<sup>(63)</sup>. Sólo la atipicidad del caso justifica dejar en manos de la justicia esa labor constitutiva.

En la República Argentina, el principio de proximidad no tiene consagración legislativa. Sin embargo, en el caso de los contratos de compraventa internacional de mercaderías concluidos *on line*, el principio de proximidad podría ser aplicado recurriendo por analogía al art. 8.3 de la Convención de La Haya. Y aún es posible extender su aplicación a todo tipo de contratos en virtud del art. 16 del cód. civil acudiendo, para resolver el caso, a los principios generales de derecho y las exigencias de la equidad "teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Nuevamente se observa que los métodos y las normas diseñados originariamente para el "mundo real" no presentan dificultades insolubles en

*droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. 196, 1986-I, págs. 25 a 46.

(62) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho...*, t. I, pág. 469.

(63) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho...*, t. I, pág. 469.



su aplicación al "mundo virtual". Que ese mundo virtual es perfectamente compatible con las realidades de la resolución de los conflictos de leyes tal como la conocemos.

No hay duda de que los avances de la globalización y los futuros desarrollos de la Internet, enfrentarán al jurista con nuevos y considerables desafíos que pondrán a prueba la solidez y flexi-

bilidad del sistema hasta el punto de llevarlo a cuestionar la aplicabilidad y justicia de sus soluciones. Pero no hay razones para pensar que nuestra disciplina no está en condiciones de responder rápida y eficazmente a esos desafíos. He aquí el mensaje tranquilizador del departamento de derecho internacional privado a los colegas jusprivatistas. ■

Esta por la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.

La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*. La revista *Comentarios* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1982, viene a publicarse en los números de la revista *Comentarios*.