

JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN LAS RELACIONES JURÍDICAS CONCLUIDAS POR INTERNET

LUCIANA PAULA MARTÍNEZ - ALEJANDRO ALDO MENICOCCHI *

Resumen: Las dimensiones del espacio y el tiempo, vitales para la existencia del derecho internacional privado, han perdido gran parte de su trascendencia con Internet. El presente estudio no pretende ser un tratamiento exhaustivo del problema sino acusar el impacto que la red tiene en el sistema de derecho internacional privado de fuente interna y convencional argentinos y examinar la idoneidad de este último en orden a captar la nueva realidad. Se examina la posibilidad de mantener la materia dentro del derecho internacional privado tradicional (entendido como conflicto de leyes y de jurisdicciones) o, por el contrario, de ser objeto de normas materiales. Se destacan los intentos de “sustracción” a la jurisdicción ordinaria con la existencia de un régimen de solución de controversias “virtual”. A continuación, se aborda el tratamiento posible dentro del derecho positivo vigente y las soluciones brindadas en el derecho comparado. Finalmente, se pasa revista a la actualidad en el derecho comparado, especialmente, en la doctrina y la labor de las organizaciones internacionales. Por último, se señalan algunos aspectos que, con carácter de proyecto, existen en el derecho argentino.

Palabras clave: Jurisdicción - Derecho aplicable - Internet - Comercio electrónico - Tiempo - Espacio.

Abstract: By the present study, the authors do not intend to build a system of Internet Private International Law, but analyze how the traditional standards of Jurisdiction and applicable Law can deal with Internet. Time and space, considered as grounds where Private International Law was conceived, have lost their importance with the impact of Internet, and that circumstance provokes a reflection about Private International Law's capability to solve net legal problems. The study makes a brief reference of the intent of those who try to remove Internet legal problems from the conflict of laws area, and those which, notwithstanding its novelty, make an effort to keep it into the province of Private International Law. The law regime of Argentina –Treaties of Montevideo on International Civil Law (1889 and 1940) and the Civil Code– is qualified reasonable, but it requires a certain degree of a flexible construction. To solve that task, compared legal systems, doctrine and proposals of harmonization and unification are examined. The article ends with the Argentine draft of E-commerce Law.

Key words: Jurisdiction - Applicable Law - Internet - E-commerce - Time - Space.

* Profesores de Derecho Comercial y Derecho Internacional Privado, respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Este artículo responde a las ideas básicas sostenidas en el XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Luís María Drago”, Catamarca, Universidad Nacional de Catamarca, 23 a 25 de octubre de 2003. E-mail: menicocci@abogados.com.ar

I. Derecho vigente aplicable a las relaciones jurídicas concluidas por internet

¿Qué características tiene “Internet” a los fines de satisfacer los requerimientos de la justicia en orden a una jurisdicción y ley aplicables? Las comunicaciones a través de redes de computadoras han disminuido el significado de las dimensiones del tiempo (habida cuenta que la información se conoce casi instantáneamente) y del espacio (ya que poco importa el alejamiento físico de aquel con quien entremos en una relación jurídica, sea contractual o delictual). En función de ello, la primera pregunta que cabe hacerse es si concurren los presupuestos para que el problema sea abordado desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, entendido éste como conflicto de leyes y de jurisdicciones.

1. *¿Normas de conflicto o normas materiales para Internet?* *¿Jurisdicción real o virtual?*

La revolución que la difusión masiva de Internet ha producido, ha inclinado a un sector de la doctrina a la adopción de reglas que, con analogía a la “*lex mercatoria*”¹, se construyan a partir del método directo, con magistrados virtuales que dirimirían sus conflictos a través de medios también electrónicos. Se trataría, en última instancia, de un Derecho exclusivo para los problemas jurídicos originados en la red. Creemos que, maguer la novedad y simplicidad de la propuesta, la solución merece algunos reparos. En primer lugar, porque detrás de los ordenadores hay personas, ubicadas espacial y temporalmente en un Estado y tributarias de una cultura particular (pese a la red). Paralelamente a ello, no puede aún afirmarse la existencia de reglas susceptibles de calificarse como *lex mercatoria*², en tanto carecen del elemento subjetivo y objetivo propios del derecho consuetudinario. Luego, los problemas que se plantean son jurídicos, no técnicos, de allí que la respuesta a aquéllos debe provenir del Derecho: urge no olvidar su naturaleza³. Consideramos esta premisa como inexcusable para cualquier propuesta que pretenda efectuarse relativa al tópico.

1 Puede v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, “La *lex mercatoria* y el DIPr”, en GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, Bs. As., Abeledo Perrot, en prensa.

2 BARIATTI, Stefania, “Internet: aspects relatifs aux conflits de lois”, en “RDIPP”, Anno XXXII, N° 3 (1997), págs. 549 y ss.

3 De lo contrario, se cumpliría la predicción vaticinada desde los sectores tecnológicos, que en forma más que elocuente han manifestado por ejemplo, lo siguiente: “(...) tengo la sensación de que la justicia se comporta como un pez casi muerto, aleteando sobre un muelle. Está boqueando, falto de aire, porque el mundo digital es un lugar diferente. Casi todas las leyes fueron concebidas en y para

2. Contratos sobre cosas y contratos sobre “bytes”. Internet como objeto de relaciones jurídicas

A diferencia de lo que ocurre en el plano delictual, en la órbita contractual será menester distinguir si el objeto de la relación jurídica se refiere a información que puede ser suministrada por la red (esto es, “bytes” que guardarán una imagen, un diseño, una composición musical o un servicio sobre mi ordenador) o si la red ha sido utilizada solamente como medio para formalizar un contrato (al igual que cualquier otro soporte). En este último caso, las reglas de conflicto establecidas para los contratos no presentan, en general, mayores dificultades que las que se plantean para cualquier otro contrato. Hecha esta distinción, pasaremos al examen de la jurisdicción y la ley aplicables en los planos extracontractual y contractual.

3. Jurisdicción internacional

Podemos decir, con Goldschmidt⁴, que cuantos más fueros se ponen a disposición del actor, más cómoda le será la realización de sus peticiones. Asimismo, es necesario asegurar un adecuado acceso al debido proceso, que no se da cuando concurren el *forum shopping* o se generan jurisdicciones exorbitantes. Sabemos que, tanto en fuente interna como en el ámbito convencional, la pauta general de jurisdicción internacional la constituye el domicilio del demandado, idóneo para satisfacer las expectativas del actor (en orden a que el demandado tendrá allí bienes) y las del demandado (ya que no podrá aducir carecer del debido proceso frente a los jueces de su propio domicilio). La red plantea aquí las siguientes características. Mientras que tradicionalmente existen “domicilios o lugares físicos” que las partes conocen y que cumplen una función importante para establecer la pauta universal de demandabilidad (en el contrato o hecho ilícito), en “Internet” no se conoce, en principio, el domicilio de quien produce el daño o compromete una prestación⁵. Lo más próximo que tenemos es el sitio “web”. Sin embargo ¿Puede

un mundo de átomos, no de bits” (NEGROPONTE, Nicholas, “Ser digital (being digital)”, 9ª ed., Bs. As., Atlántida, 1999, pág. 8.

4 GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia”, 8ª ed., Bs. As., Depalma, 1992, págs. 469 y ss.

5 Si bien es cierto que el domicilio del responsable de un sitio web puede ser conocido a través de la propia red (basta con acudir a la página web de la sociedad Network Solutions para, a través del link correspondiente, conocer el nombre del responsable del sitio web y el domicilio que el mismo ha denunciado como propio), ello no garantizará en todos los casos la posibilidad de conocer un domicilio válido a los fines procesales legales, toda vez que: a) la propia sociedad Network Solutions informa en su sitio web que no garantiza la exactitud de la información suministrada ni tampoco que

equipararse la existencia de un sitio *web* al domicilio tradicional y obtenerse de allí la jurisdicción internacional?⁶

La jurisprudencia norteamericana ha analizado esta cuestión y, a los fines de decidir si una persona puede ser demandada ante el juez del lugar desde donde se abrió su página *web*, se ha evaluado el grado de “interactividad” del sitio⁷. Se ha resuelto que si el sitio *web* es de estructura pasiva, no sería posible demandar al responsable de la página *web* en el lugar desde donde la misma es abierta⁸, mientras que si éste es de estructura interactiva, se ha asumido que el responsable de la página *web* sea demandado en el lugar de la apertura de la página.⁹ En materia delictual, los tratados de Montevideo –en virtud de la regla del paralelismo contenida en los artículos 56– generan una segunda pauta de jurisdicción cuál es la *ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden* (art. 38, TM 89) y en su caso, *por la ley que regula las relaciones jurídicas a qué responden* (art. 43, TM 40). Cabe aclarar que en las II Jornadas Argentinas de DIPr de la AADI (Santa Fe, mayo 1998) hubo consenso en que por “producción” del hecho ilícito podía tomarse no sólo el lugar donde aquél se desencadena sino también el lugar donde se producen sus efectos.

En la órbita contractual, la situación se relativiza si las partes han efectuado una prórroga de jurisdicción¹⁰. Y decimos se relativiza porque no desaparece, ya que esta

la misma sea completa b) porque para registrar un sitio web basta con sólo indicar una casilla de correo, no constituyendo ésta “domicilio” en la mayoría de las legislaciones.

- 6 Estos interrogantes son planteados por BURSTEIN, Matthew, “Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, Which Court Decides? Which Law Applies?”, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, pág. 26.
- 7 “Developments in the Law of Cyberspace”, en “Harvard Law Review”, s/d., N° 112, 1999, pág. 1699. Se analizan allí los distintos criterios de jurisdicción aplicados por las cortes norteamericanas y señalan que “...en los últimos dos años ha emergido un moderado consenso: las cortes que reconocen jurisdicción personal examinan el nivel de ‘interactividad’ de un sitio web particular y la presencia de cualquier actividad adicional relacionada con el forum”.
- 8 En “Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com. Inc”, 952 F. Supp. 1119, 1123-24, (WD Pa. 1997), se resolvió que no había jurisdicción para juzgar a un individuo que simplemente usaba un sitio web pasivo que hacía poco menos que poner información a disposición de aquellos que estuvieran interesados en leerla. En el mismo sentido, los tribunales norteamericanos han resuelto que “se requiere algo más que un ‘sitio web pasivo’ para que la jurisdicción sea apropiada” (Cybersell v. Cybersell, 130, F3d 414, 418 (9th Circuit 1997) (op. cit. en la nota 7, pág. 1699).
- 9 En “Patriot Sys Inc. v. C-Cubed Corp.”, 21 F. Supp. 2d 1318, 13124 (D Utah, 1998) el juez asumió jurisdicción en un caso en que el individuo a ella sometido “claramente realizaba negocios a través de Internet” (op. cit. en la nota 7, pág. 1699).
- 10 V. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Internet y derecho aplicable”, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-g.asp>; OYARZÁBAL, Mario J. A., “International electronic contracts - A note on Argentine Choice of Law Rules”, en “The University of Miami Inter-American Law Review”, vol. 35, N° 3, págs. 499 y ss.; “Juez Competente y Contratos

prórroga puede ser considerada inválida para determinados contratos (v. gr., los negocios de consumo¹¹). No ejercida la prórroga, será menester acudir a las pautas generales de jurisdicción en materia contractual¹² y ya nos hemos referido al domicilio. Consideremos ahora el lugar de cumplimiento del contrato. Como sabemos, ésta es pauta de jurisdicción internacional en la órbita de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 (por aplicación de la regla de los arts. 56 de ambos) y también lo es en fuente interna (arts. 1215 y 1216 del CC). ¿Dónde se cumple un contrato celebrado a través de la red? Como se dijo al comienzo, si la prestación no puede ser efectuada a través de la red, operando ésta sólo como un medio de formalización del contrato, serán de aplicación las reglas generales (arts. 32 y 33, TM 89, arts. 36 y 37 TM 40; arts. 1215 y 1216 CC). Si, por el contrario, la transacción realizada por vía electrónica se satisface por su “descarga” en la red (v. gr., de la imagen, la obra musical, el diseño), la situación se complica, debido a que las comunicaciones electrónicas pasan por múltiples servidores, ubicados éstos en diferentes Estados. Las partes simplemente conocerán el nombre del servidor al que ellas están suscritas, pero será improbable que conozcan la localización del servidor de aquél con quién han contratado y, mucho menos aún, por qué “lugares” pasará el “objeto” del contrato. ¿Dónde se cumple el contrato que tiene por objeto una prestación satisfecha por la descarga del objeto desde el servidor a la computadora del contratante? ¿En el servidor de la parte que ha recibido el “objeto” o en el del prestador que simplemente lo ha enviado desde su propio ordenador? Pensamos aquí que las tradicionales fuentes elaboradas para los contratos –ya convencionalmente, ya por fuente interna o inclusive, consuetudinarias– no son plenamente satisfactorias. Por un lado, porque en función de la distinción efectuada por la Corte entre “lugar de cumplimiento” a los fines de establecer jurisdicción internacional y “lugar de cumplimiento” para determinar el Derecho aplicable¹³, se podrían generar situaciones de extrema iniquidad para el demandado¹⁴. Igualmente ocurre con equiparar “domicilio del actor” al lugar

Electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-b.asp>

- 11 V. SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, en “RDCO”, Depalma, t. 2002, págs. 23 y ss.
- 12 Puede v. MENICOCCI, Alejandro Aldo, “Jurisdicción internacional argentina en materia de contratos”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, N^{os} 17/18, Rosario, 2005/2006, págs. 313 y ss.
- 13 CSJN, 20.10.98, “Exportadora Buenos Aires S.A. c. Holiday Inn’s Worldwide Inc.”, con nota de Carolina Daniela Lud, en “La Ley”, t. 2000-A, págs. 404 y ss.; CSJN, 14.9.2004, “Sniafa SAIC c. Banco UBS AG”, M.J.J., 3089.
- 14 A la luz de lo decidido por la Corte, cualquier lugar de cumplimiento de una prestación es suficiente para generar jurisdicción internacional. De resultas de ello, el actor podría llevar a cabo su

donde se ha instalado el servidor, en orden a esta pauta de jurisdicción internacional que (por muchos autores, criticada) contiene el art. 7.c) del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual¹⁵.

4. Derecho aplicable

Los problemas se agudizan cuando abordamos la ley aplicable. En materia de hechos ilícitos tendrá lugar la aplicación de la ley del lugar donde aquél se produjo. Sin embargo, tomando en cuenta que la transmisión ha sido transportada por múltiples espacios, no podrá elegirse arbitrariamente cualquier lugar por el cual la difusión del hecho se propagó para obtener de allí la aplicación de un determinado régimen legal. Habrá que acudir a aquel Derecho que razonablemente se vincule con la víctima del daño.

En materia contractual, será menester acudir a la ley elegida por las partes, en forma expresa o tácita. En defecto de ella, recurriremos a los puntos de conexión “lugar de cumplimiento” y “lugar de celebración”. El primero de éstos presenta el (ya reiterado) problema de la calificación: pensamos que recurrir a la teoría de la prestación más característica¹⁶ puede llevar al desamparo de aquellos que sólo se han limitado a pagar el precio del producto digital. Como sostuvimos *supra*, en caso que la operación tenga por objeto un producto cuya materialidad sólo reside en “bytes” (imagen, diseño, composición musical), no podrá acudirse a una aplicación analógica de los *incoterms* ni a los conceptos tradicionales de “entrega”, concebidos principalmente para “cosas”. Algunos autores entienden que en el marco de Internet la discusión correcta reside en determinar “qué constituye cumplimiento de la obligación”¹⁷. Tampoco cambia la situación si, en lugar de un objeto informático, se requiere algún servicio (v. gr. el retiro de un virus) ya que el prestador de aquél pretenderá haber satisfecho su prestación con la realización del servicio desde su ordenador.

La conexión “lugar de celebración” resultará, por otro lado, no imaginable, ya que se abordará generalmente un contrato entre ausentes. Luego, si bien el contrato celebrado por la red es entre ausentes, no menos cierto es que se trata de una ausencia relativa, ya que la comunicación (que puede incluir imagen y voz) genera una aproximación análoga a la que tienen dos sujetos cuando están frente a frente. Por otro lado, la regla subsidiaria (domicilio de las partes, art. 1214 CC) nos reitera el problema

prestación en el lugar donde piensa demandar, con sólo radicar su prestación en donde previamente ha localizado su servidor.

15 Mercosur/CMC/Dec. N° 1/1994.

16 V. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, op. cit.

17 KRONKE, op. cit., pág. 79.

relativo al domicilio que, como dijimos, es la más de las veces ignorado.

Frente al desconcierto señalado, se han desarrollado distintas propuestas de solución a las que pasamos revista a continuación.

II. Posibles soluciones en la doctrina y en la labor de los organismos especializados

1. La doctrina

La doctrina ha indicado lo que podríamos llamar tres alternativas para resolver el tema de la ley aplicable y la jurisdicción en los contratos celebrados a través de Internet: i) Unificación de las reglas de conflicto; ii) Unificación material, a través de una Convención Internacional que regule expresamente las cuestiones jurídicas vinculadas al comercio electrónico iii) Asumir que Internet tiene una jurisdicción propia y dirimir todas las disputas relacionadas con Internet en un Tribunal de Arbitraje Internacional Especial o Corte Especial creada al efecto, ya sea que éstas realicen sus procedimientos exclusivamente por medios electrónicos o por medios tradicionales o en forma mixta¹⁸. Se ha hecho notar que la primera solución es la “más flexible” y la que “prevalece actualmente”¹⁹.

Entre quienes postulan por una ley material uniforme existen a su vez quienes abogan por una “ley de Internet”, es decir, una especie de *lex mercatoria*, conformada por las costumbres y práctica continuada y aceptada de determinados usos comerciales, desarrollada por los Tribunales en base al comportamiento de los usuarios, gobiernos y la Industria de Internet en general²⁰ y aquellos que pretenden la unificación de la ley material mediante la adopción de un régimen codificado, por una autoridad internacional

18 BURNSTEIN, op. cit., pág. 27.

19 Íd.. Sin embargo, el autor referido entiende que, en función de la naturaleza “no geográfica” de Internet, resulta una mala opción resolver las disputas vinculadas a Internet por medio de una unificación de las reglas de conflicto. El autor propone que en lugar de ello deberían articularse reglas simples y fáciles de aplicar para determinar la ley aplicable, y que dichas reglas deberían ser obligatorias para las partes mediante convención o por pactar las partes que seguirán las normas propuestas en forma no vinculante por órganos consultivos internacionales.

20 Íd., pág. 29. El autor se muestra favorable a esta solución, opinión que no compartimos por los argumentos expuestos en el punto 2. A ello agregamos que si bien tal solución puede aportar seguridad jurídica en un sistema como el de “Common Law”, en el cual el “precedente” otorga seguridad jurídica por su vinculatoriedad ulterior, su trascendencia disminuye en sistemas como el nuestro, en el cual la fuente carece de idéntica jerarquía.

prestigiosa²¹. Se enmarca dentro de esta política la Ley Modelo de Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional y aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 51/162 del 16 de diciembre de 1996. Existe doctrina que se ha manifestado escéptica respecto de las reales posibilidades de la existencia de una unificación por medio de una Ley Modelo²². Concretamente se ha señalado que resulta improbable que USA y Europa Occidental puedan ponerse de acuerdo con los países en vías de desarrollo sobre la medida adecuada de protección de los derechos intelectuales en el marco de Internet, por existir importantes intereses económicos y políticos en juego. Nos permitimos responder que si bien es cierto que las probabilidades de que los países adopten una “Ley Modelo” que regule el comercio electrónico no son altas, no resulta menos cierto que la mayoría de las iniciativas internacionales que pretenden regular ya sea el comercio electrónico o la ley aplicable o la jurisdicción en contratos celebrados a través de Internet, excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la futura normativa aquellas cuestiones vinculadas a los derechos de autor, marcas y/o propiedad intelectual o aquellas referentes al derecho del consumidor. De manera tal, que excluidos tales tópicos, la probabilidades de la sanción de una Ley Modelo no son utópicas. Pensamos que la participación de nuestro país en los foros internacionales en los cuales se discute las futuras normativas resulta altamente recomendable.

Una “tercera vía” sostiene que las disputas relacionadas con Internet debieran ser resueltas por Cortes especiales que se dediquen exclusivamente a esa materia. Algunos autores, inclusive, pregonan que tales Cortes o Tribunales Arbitrales resuelvan los conflictos por un procedimiento llevado a cabo exclusivamente en el ámbito de Internet²³. En esta orientación, “Virtual Magistrate Project” (una organización que pretende satisfacer el desafío) cuenta con el precedente desde el año 1996²⁴.

2. La CCI

La Cámara de Comercio Internacional elaboró, en el año 2001, un documento denominado “Jurisdicción y Ley aplicable en Comercio Electrónico”, que analiza cuestiones vinculadas a las transacciones realizadas *on line* y a la protección de los consumidores en tal contexto, pero excluye expresamente de su análisis (al igual que las

21 Íd..

22 Íd., pág. 30.

23 Íd..

24 V. <http://www.vmag.org/docs/press/052196.html> (10-2003), en donde se hace referencia al caso resuelto en mayo de 1996.

demás iniciativas internacionales), temas vinculados a la propiedad intelectual²⁵ y los “e-terms 2004”.

3. *Uncitral*

La Ley Modelo de UNCITRAL fue favorablemente recibida por gran parte de la doctrina²⁶. Su objetivo es “permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico” y el de “conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre soporte papel”²⁷. Cuenta con solo diecisiete artículos, divididos en dos partes (Comercio Electrónico en general y Comercio electrónico en materias específicas): la técnica de la ley modelo obedece a la convicción de UNCITRAL de su mayor plasticidad y agilidad en la adopción con relación al tratado internacional²⁸. Las reglas del Capítulo III tienen carácter dispositivo y responden a la práctica usualmente observada en la actualidad²⁹. Por el contrario, las del capítulo II expresan el ‘*mínimo aceptable*’ en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, resultando imperativas salvo que la ley nacional que incorpore las normas de la Ley Modelo indique lo contrario. Algunas soluciones son originales en materia de validez extrínseca: los conceptos de ‘escrito’, ‘firma’ u “original”, en lugar de ser ampliados, son reemplazados por el criterio del “equivalente funcional”.

25 El texto completo del documento puede verse en www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/jurisdiction_and_applicable_law.asp (10-2003).

26 GARCÍA DÍAZ, Carlos J., “Reflexiones respecto de algunas normas internacionales sobre comercio electrónico”, en “La Ley”, año LXIV, N° 179, 18 de septiembre de 2000, Bs. As., págs. 2/4; SARRA, Andrea Viviana, “Comercio electrónico y Derecho”, Bs. As., Astrea, 2000, pág. 324; entre otros.

27 Guía para incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, editada por Naciones Unidas.

28 Por ejemplo, el Anteproyecto de Formato Digital de los Actos Jurídicos. Comercio Electrónico, expresamente indica en el Mensaje de Elevación que se tuvo especialmente en cuenta la Ley Modelo de la CNUDMI.

29 GARCÍA DÍAZ explica: “Otro aspecto importante de la Ley Modelo es su carácter de norma supletoria de la voluntad de las partes, vale decir que éstas pueden, o no, someterse a sus disposiciones. Si bien esto no está indicado expresamente, esto fluye claramente de sus normas y muy especialmente de la Guía de la Comisión que la comenta. También surge claramente de otras leyes que han sido sancionadas al amparo de la Ley Modelo de la ONU. Este es el caso de la Ley de comercio electrónico sancionada por el Estado de California, en los EE.UU., el 16 de septiembre de 1999, cuyas normas son aplicables sólo a aquellas partes que hayan acordado realizar determinada transacción por medios electrónicos y que, además hayan decidido someterse a las normas de la ley la cual también establece que las partes pueden someterse a sus disposiciones expresa o tácitamente, lo cual puede surgir de las circunstancias que rodeen cada caso o de la conducta de las partes” (op. cit, págs. 2/4).

Tal criterio consiste en determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de los documentos sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por el mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento en soporte papel que cumpliera idéntica función. La Ley Modelo regula también las ‘transacciones automatizadas’³⁰.

4. La Conferencia de La Haya

En la Décimo Novena Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, celebrada el día 24 de abril de 2002, la Comisión 1 del Grupo de Trabajo constituido por la Oficina Permanente tomó la decisión de constituir un Grupo Informal que tendría como objetivo preparar un texto relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. La Comisión Uno identificó como áreas esenciales, entre otros, los acuerdos de elección de foro en casos de B2B (aplicables a los contratos celebrados por medios electrónicos)³¹. El Grupo Informal de Trabajo creado resolvió comenzar a trabajar sobre los acuerdos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial y en función de ello, preparó un borrador de texto para una futura Convención. Los lineamientos generales del texto son los siguientes: a) excluye del ámbito de aplicación los contratos celebrados entre consumidores, los celebrados entre comerciantes y consumidores y los contratos de trabajo (art. 1 del Proyecto); b) establece la inaplicabilidad de la futura Convención a procedimientos relativos a cuestiones civiles como capacidad de las personas y cuestiones familiares como alimentos y régimen del matrimonio. Quedan excluidas también las cuestiones vinculadas a testamentos, sucesiones, insolvencia, responsabilidad nuclear, derechos reales inmobiliarios y cuestiones societarias.

30 Así, GARCÍA DÍAZ manifiesta: “La Ley Modelo regula una situación que es típica de este nuevo mundo del comercio electrónico. Por transacciones automatizadas entendemos aquellas en las cuales el mensaje de datos, o el documento electrónico, se origina en una terminal informática sin intervención de un operador humano y será una transacción automatizada perfecta o imperfecta según quien la conteste sea, también y respectivamente, una terminal informática o un operador humano. Obviamente que siempre habrá un operador último detrás del documento o mensaje de datos desde que la terminal que opera, envía, almacena o contesta dicho mensaje habrá sido, siempre, programada por algún responsable que será una persona física o jurídica (detrás de la cual habrá personas de existencia visible) lo cual no obsta que puede darse el caso (y se da frecuentemente) que la respuesta específica al estímulo informático provenga de una máquina y no de un ser humano” (op. cit., págs. 2/3)

31 V. <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html> (10-2003).

5. La Unión Europea

Con anterioridad a la sanción de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000, la Comunidad Europea dictó diversas declaraciones³², propuestas de directiva³³ y posiciones comunes sobre el tema³⁴ y directivas o recomendaciones relativas a aspectos parciales del comercio electrónico.³⁵ La Directiva es una norma mucho más extensa y detallada que la Ley Modelo y contiene disposiciones sobre la práctica del 'spam' (art. 7 de la Directiva)³⁶; los contratos por vía electrónica (art. 9); la información exigida en materia de contratación electrónica (art. 10) y responsabilidad de los intermediarios (art. 12 y cc.)³⁷.

6. Otras iniciativas

Si bien las iniciativas que más difusión han tenido son las de la Comunidad Europea y la de Naciones Unidas, existen otros organismos internacionales que han analizado los aspectos jurídicos del comercio electrónico y han elaborado diversos informes al respecto. La Organización Mundial del Comercio (OMC) editó un informe denominado "*Electronic Commerce and the Role of the WTO*"³⁸. El informe de la OMC

32 Declaración Conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos sobre Comercio Electrónico del 5 de diciembre de 1997.

33 Propuesta de Directiva sobre Comercio electrónico del 18 de noviembre de 1998.

34 Posición Común sobre la Propuesta de Directiva número 22/00.

35 Directiva 1999 / 93 / CE del 13 de diciembre de 1999 por la que se aprueba un marco comunitario para la firma electrónica; Recomendación del 8 de diciembre de 1987 (87 / 598 / CEE) de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre un Código Europeo de Buena Conducta en materia de pago electrónico; Recomendación del 17 de noviembre de 1988 sobre los 'sistemas de pago y en particular, las relaciones entre los titulares y emisores de tarjetas', etc.

36 Establece la Directiva que los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico, garantizarán que dicha comunicación facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción. Además, establece el art. 7 que los Estados Miembros deberán adoptar medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (out - put) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales.

37 Las normas del Anteproyecto sobre Formato Digital de los Actos Jurídicos. Comercio Electrónico y las de la Directiva sobre responsabilidad de los ISP son prácticamente idénticas.

38 El Comercio electrónico y el rol de la OMC, publicado en Marzo de 1998: World Trade Organization, *Electronic Commerce and the Role of WTO*, Special Studies 2, Ginebra, 1998.

ha merecido un excelente crítica por parte de la doctrina³⁹. La labor del Mercosur parece haberse avocado a la relación del consumo⁴⁰ y no exhibir mayor expansión⁴¹.

III. La situación en nuestro país

No existe en la República Argentina una ley específica que regule el comercio electrónico de manera general, con excepción de la relativa a firma digital⁴² y, principalmente, decretos del Poder Ejecutivo Nacional y resoluciones ministeriales que regulan determinados aspectos que se suscitan como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a la sociedad⁴³. El sector político argentino ha advertido la “laguna normativa” actual y ello ha originado la redacción y presentación en el Congreso de diversos proyectos de ley que proponen incorporar normas tendientes a la regulación del comercio electrónico y otros aspectos de la sociedad de la información. El Anteproyecto de Ley “Formato Digital de los Actos Jurídicos. Comercio Electrónico” ha sido elaborado en el ámbito de Subsecretaría de Relaciones Institucionales, dependiente de la Secretaría de Coordinación General, y se ha inspirado básicamente en tres principios: a) promover la compatibilidad con el marco jurídico internacional ⁴⁴b) asegurar la neutralidad tecnológica c) principio no discriminatorio consistente en garantizar igualdad en el tratamiento jurídico del uso de las nuevas tecnologías de

39 CARRASCOSA LOPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A. y RODRIGUEZ DE CASTRO, E. P., “La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos”, 3ª ed., Granada, Comares, 2000, pág. 105.

40 CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, Lilia María del Carmen, “Comercio electrónico: ¿reglamentación internacional a partir del Mercosur?”, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-c.asp>

41 PALAZZI, Pablo y PEÑA, Julián, “Comercio Electrónico y Mercosur”, en “Revista del Derecho Privado y Comunitario”, N° 17, Rubinzal-Culzoni, mayo 1998, pág. 438.

42 Ley 25.506 y decreto reglamentario 2.628/02.

43 Se ha comenzado a utilizar el término “sociedad de la información” para hacer referencia a los cambios que se han producido en la sociedad como consecuencia de la aparición de redes de computadoras como Internet, y otros avances en las telecomunicaciones y la informática. Utilizan tal término: el decreto 252/00 del PEN; el Mensaje de Elevación del Anteproyecto de Ley Formato Digital de los actos jurídicos. Comercio electrónico, elaborado por la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretaría de Coordinación General, Subsecretaría de Relaciones Institucionales y SARRA, (“Comercio...” cit., pág. 22), entre otros muchos autores.

44 A los fines de lograr tal cometido, el anteproyecto ha tenido en cuenta –según indica en su extenso y erudito Mensaje de Elevación– los principales modelos de legislación comparada: La ley Modelo sobre Comercio electrónico de la CNUDMI, la Directiva de la Unión Europea sobre Comercio Electrónico, las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio y las Recomendaciones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, entre otros organismos internacionales.

procesamiento de la información.⁴⁵ El Anteproyecto establece su ámbito espacial pasivo (art. 2), al declararlo aplicable “a todos los actos jurídicos que previstos en cualquier legislación produzcan efectos en la República Argentina”. El art. 43 del Anteproyecto referido a la “jurisdicción” establece que “las normas generales y especiales de protección a consumidores o usuarios y las disposiciones específicas en la materia contenidas en la presente ley son aplicables siempre que la aceptación de la oferta se haya efectuado en la República Argentina, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”. En materia de responsabilidad de los ISP⁴⁶ elimina la posibilidad de responsabilidad directa de aquellos⁴⁷ y limita la responsabilidad por el contenido de los documentos almacenados estableciendo que el ISP no será responsable por el contenido de los documentos almacenados si: a) desconoce que el contenido de la información es ilícito b) retira o bloquea el acceso a la información inmediatamente de tomar conocimiento de su carácter ilícito. Contiene, a su vez, una disposición que reprime los abusos tecnológicos que pueden generarse (art. 32), estipulando que las denominadas comunicaciones comerciales “no solicitadas”⁴⁸ deberán “ser pasibles de ser claramente identificables como tales por los receptores, e incluir una opción automática de exclusión voluntaria de la lista de destinatarios, sin necesidad de acceder al contenido de la información de que se trate”. Más allá de algunas modificaciones que habría que implementar a los fines de obtener una unificación normativa en materia de ley aplicable y jurisdicción internacional, su adopción acarrearía un significativo avance en la materia.

45 Este mismo principio es el que adopta la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

46 El Anteproyecto denomina a los ISP como “prestadores de servicios intermediarios”.

47 La solución del Anteproyecto es idéntica a la adoptada en el art. 12 de la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico. El anteproyecto en el art. 34 establece que: “El prestador de servicios intermediarios de transmisión de datos no será responsable por el contenido de las comunicaciones que transmite si no es él mismo el originante; ni es él mismo quien seleccione el destinatario; ni es él mismo quien seleccione o modifica los datos transmitidos”.

48 Comúnmente identificadas con el término “spam”.