CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL

Una mirada desde el Derecho Internacional Privado

Directora

SARA LIDIA FELDSTEIN de CARDENAS

Autoras

SARA LIDIA FELDSTEIN de CARDENAS
FLAVIA ANDREA MEDINA
MONICA SOFIA RODRIGUEZ
LUCIANA BEATRIZ SCOTTI

2008

ÍNDICE

PROLOGO

I. DERECHO E INTERNET

A. “INTERNET: UN GOLEM DE LA POSTMODERNIDAD”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

B. “EL CONFLICTO DE CIVILIZACIONES: UNA NUEVA MIRADA A INTERNET”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

C. “EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE ROMA AL ESPACIO CIBERNETICO POR EL DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

D. “INTERNET Y PORNOGRAFIA INFANTIL: UNA PAREJA ALEJADA?”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

E. “INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD: UN AVANCE DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Y LUCIANA B. SCOTTI

II. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL ELECTRÓNICA

A. “LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL ELECTRÓNICA: PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, LUCIANA B. SCOTTI, MÓNICA S. RODRÍGUEZ Y FLAVIA A. MEDINA

B. “LA CONVENCIÓN SOBRE UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UN AVANCE HACIA LA ARMONIZACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Y LUCIANA B. SCOTTI

III. ALGUNOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN PARTICULAR

A. “LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS ¿HAY QUE REVISAR LA RESERVA DE ARGENTINA AL RATIFICAR LA CONVENCIÓN DE VIENA?”, POR FLAVIA A. MEDINA

B. “LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS”, POR LUCIANA B. SCOTTI

C. “SEGUROS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL: LA INFLUENCIA DE LOS NUEVOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE CONTRATACIÓN”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MÓNICA S. RODRÍGUEZ, FLAVIA A. MEDINA Y LUCIANA B. SCOTTI

D. COMERCIO ELECTRÓNICO Y TURISMO: RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES ON-LINE EN EL MERCOSUR, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MÓNICA S. RODRÍGUEZ, FLAVIA A. MEDINA, RODRIGO LAJE Y LUCIANA B. SCOTTI

IV. DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

A. “INTERNET Y DERECHO APLICABLE”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

B. “LA LEX INFORMATICA: LA INSOPORTABLE LEVEDAD DEL NO SER”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

V. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

A. “JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Y LUCIANA B. SCOTTI

B. “ARBITRAJE ELECTRÓNICO: UNA MIRADA AL FUTURO”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CARDENAS

C. “OBSTÁCULOS LEGALES Y CONVENCIONALES AL ARBITRAJE ELECTRÓNICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Y LUCIANA B. SCOTTI

D. “EL CIBERARBITRAJE: ¿MITO O REALIDAD?”, POR FLAVIA A. MEDINA Y VERA M. BÁEZ PEÑA WIRTH

E. “EL ACUERDO ARBITRAL EN EL CONTEXTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Y LUCIANA B. SCOTTI

VI. DOCUMENTOS EXTRANJEROS Y PRUEBA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

A. “EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LOS FOROS DE CODIFICACIÓN INTERNACIONALES: LA CONFERENCIA DE LA HAYA Y LAS E – APOSTILLAS”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Y LUCIANA B. SCOTTI

B. “ASUNCION DE LOS MEDIOS ELECTRONICOS EN LA LEY PANAMEÑA SOBRE LITIGIOS INTERNACIONALES”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

VII. MEDIOS DE PAGO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

A. LA CONTRATACION ELECTRONICA BANCARIA: UNA TIERRA DE NADIE, DE ALGUNOS O DE TODOS?”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, FLAVIA. A MEDINA, MÓNICA S. RODRÍGUEZ, LUCIANA B. SCOTTI Y YAMILA C. CARDENAS

B. “LA LETRA DE CAMBIO INTERNACIONAL DESDE EL MEDIOEVO AL ESPACIO CIBERNÉTICO: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

VIII. COMERCIO ELECTRÓNICO E INSOLVENCIA

A. “INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA, RECIPROCIDAD Y MEDIOS ELECTRÓNICOS: ANÁLISIS DE UN FALLO EJEMPLAR”, POR SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

B. “LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN LA MULTIPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA”, POR MÓNICA S. RODRÍGUEZ

ANEXO

- PRESENTACIÓN POWER POINT DEL PROYECTO UBACYT D0811 (23 DE AGOSTO DE 2007)

PRÓLOGO

La profundidad del cambio tecnológico y su cada vez mayor y más rápida aplicación al comercio están construyendo nuevos caminos y mercados para hacer negocios, posibilitando el surgimiento de una nueva modalidad de comercio: el comercio electrónico, cuyo sustrato es Internet. Ello torna virtualmente posible superar las barreras del tiempo y espacio, cambiando las formas tradicionales de hacer negocios y planteándonos una novedosa problemática respecto al tratamiento jurídico que este debe merecer, dada su natural vocación internacional.

En tal sentido, y en consonancia con la denominada era de la información que transitamos existe una acelerada tendencia hacia la digitalización e informatización de todas las actividades públicas, privadas, económicas, sociales, entre otras. Pero especialmente las comerciales, hecho que está cambiando y redefiniendo estas actividades, con manifestaciones tales como el e-bussines o el e-commerce.

El desarrollo de la ciencia y el conocimiento se produce cíclicamente, y a medida que los avances tecnológicos y descubrimientos solucionan problemas o proporcionan respuestas a interrogantes, motivan nuevos problemas que abren el panorama hacia nuevos planteamientos, cuestionamientos. En este sentido, cabe señalar que el despliegue de la informática ha posibilitado el desarrollo de Internet, instrumento que con sus aplicaciones ha proporcionado solución a un conjunto de problemas que a su vez abre nuevas preguntas que deben ser respondidas, tal el caso de la contratación o contratos electrónicos a nivel internacional, que si bien en su celebración superan las fronteras estaduales enfrentan la necesidad de su abordaje, tratamiento, regulación jurídica.

En este sentido, la noción de contratación electrónica constituye la aplicación de las tecnologías de la información a la teoría general del negocio jurídico en la esfera internacional. La forma tradicional, donde adquiere primacía el documento escrito, se asimila y se expande hacia la utilización de los medios electrónicos. Sitios de Internet, plataformas electrónicas, correo electrónico, son las nuevas modalidades usadas por los particulares y por el propio Estado, para desplegar actividades económicas. Esta interacción de los sujetos ocurre en el escenario global, mundial, internacional, sin encerrarse en las fronteras estaduales y con tan rapidez, acuñándose una economía de tiempo real, en la que las decisiones, contratos, transacciones se concretan oprimiendo la tecla de un teléfono celular, o del ratón del computador.

En suma, frente al fenómeno de los contratos electrónicos internacionales cabe cuestionarse acerca de múltiples aspectos, algunos de los cuales son los siguientes: ¿Es posible localizar territorialmente a las relaciones jurídicas que se entablan en el ciberespacio?, ¿Cómo se determina el momento y el lugar de la celebración de un contrato electrónico?, ¿En qué momento se puede considerar perfeccionada la voluntad de los contratantes de un "cibercontrato"?, ¿Cuál

es el lugar de ejecución de un contrato celebrado por medios electrónicos?, ¿En qué momento se considera efectuado el cumplimiento de un contrato de este tipo? , ¿Cuál es la ley aplicable al fondo y a la forma de un contrato electrónico?, ¿ La autonomía de la voluntad es un principio aplicable a los contratos cibernéticos?. En tal caso, ¿rigen los mismos límites a su ejercicio, tales como el orden público internacional, las normas de policía, el fraude a la ley, la protección a las personas consideradas jurídicamente más débiles como son los consumidores? ¿Cómo operan, entonces, estas limitaciones al mencionado principio? ¿Los criterios tradicionales del Derecho Internacional Privado pueden aportar soluciones a la problemática de la contratación electrónica? ¿Aquellos son aplicables pero con ciertas correcciones, adaptándolos a esta nueva modalidad contractual? ¿O debe crearse un nuevo sistema, original para regular los conflictos en materia contractual en el espacio virtual? ¿Quién es el juez competente en materia de contratos electrónicos? ¿Es posible la prórroga de jurisdicción? ¿Se podría prorrogarla a favor de árbitros? ¿El arbitraje es un mecanismo idóneo para la resolución de controversias vinculadas a los contratos electrónicos?, ¿Internet puede servir de mecanismo apto para la solución de las "ciberdisputas" a través de una suerte de" cibertribunal" arbitral?.

A fin de aproximarnos a esta delicada cuestión, con el objetivo de buscar respuestas para tantos interrogantes fue que emprendí la tarea de dirigir y formar un equipo de investigación desde el año 2006 en la Universidad de Buenos Aires (Proyecto UBACYT D811: "Armonización legislativa en materia de contratación electrónica en espacios integrados, en especial en el Mercosur"). Algunos de los resultados de dicha tarea cobraron forma en diversos trabajos publicados o inéditos de miembros de mi equipo, que ahora han sido compendiados en esta nueva obra.

Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

CAPITULO I

DERECHO E INTERNET

INTERNET: UN GOLEM DE LA POSTMODERNIDAD

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo casi exponencial de la informática unido a las telecomunicaciones nos ha lanzado para que naveguemos, flotemos, en los mares de la sociedad de información. Sociedad que reúne, en un constante devenir, fluir, a Estados, empresas públicas y privadas, vendedores, compradores, prestadores de servicios, consumidores, entre tantos otros. Nos encontramos en las aguas de una verdadera revolución comercial.

El fenómeno de la frontera no ha sido obstáculo, antes bien un estímulo, un disparador, para la realización de transacciones internacionales mediante la utilización de los ordenadores, que han servido básicamente como instrumentos transmisores de las voluntades ya perfeccionadas, y además participando, conforme un programa preestablecido por el titular, en el proceso de formación y exteriorización de la voluntad negocial; computadoras que suelen conectarse entre sí a través de la red de redes, de INTERNET. Una red que aloja a más de diez millones de ordenadores anfitriones, que a su vez generan nuevas redes locales. Claro, en el espacio virtual, telemático, en el ciberespacio.

Ciertamente, no es desatinado pensar que las fronteras de los derechos estaduales se están atenuando, porque no esfumando debido a la aparición de una serie de fenómenos, furgones de cola de la globalización, de la mundialización, de la internacionalización, que van desde el trasiego de capitales pasando por la pobreza extrema, llegando hasta INTERNET. Una red que creada por el hombre, encierra un abanico casi infinito de posibilidades, desde un sistema de comunicaciones, con más de cincuenta mil redes conectadas, que se expresa en un único idioma, el lenguaje digital, que opera con imágenes de millones de colores, que transmite información, datos, que posibilita los emails mensaje punto a punto, mensaje de punto a multitud, mensajes de bases de datos, comunicación en tiempo real, así como la transmisión de música, imágenes en movimiento o televisión.

A su turno, resulta que el comercio electrónico como una de sus manifestaciones, abarca actividades de banca electrónica, culturales, de salud, de viajes, de esparcimiento, de información, entre tantas otras, que permite, mediante el empleo de una infraestructura electrónica a las más variadas personas, sean humanas o jurídicas, e inclusive a los propios gobiernos, organizaciones educativas, organizaciones no gubernamentales, entre tantas otras, celebrar contrataciones internacionales a una velocidad que permite que se cubra el globo en milésimas de segundos. Más aún, los usuarios no reparan en el cruce de fronteras, en los límites políticos de los derechos estaduales y ello les sucede de forma inadvertida, casi imperceptiblemente. Nuestro trabajo para

esta ocasión académica, aborda la temática acerca de si INTERNET, ese hábitat creado por el hombre, habrá de ser ordenado, regulado o se ha tornado en una suerte de monstruo, inmanejable, incontrolable, un verdadero GOLEM postmoderno.

II. EL ORDENADOR, EL ROBOT.

El ordenador reconoce sus orígenes en el primer instrumento de cálculo llamado “ábaco”, que data del siglo IV antes de Cristo. Se trataba de un utensilio de madera dividido en columnas por unidades, decenas, utilizado como contador por las antiguas culturas china y babilónica.

La primera máquina de calcular fue denominada “Pascaline” por haber sido atribuida a Blaise Pascal (francés, 1623-1662), quien diseñó una máquina destinada a operar en sumas y restas, mediante la combinación de ruedas dentadas.

Posteriormente, el matemático Gottfried Wilhelm von Leibnitz (alemán, 1646-1716) construyó una capaz de realizar otras operaciones aritméticas, como multiplicar, dividir y extraer raíces cuadradas.

Otro matemático, Charles Babbage (inglés, 1791-1871), desarrolló los primeros principios de los “ordenadores electrónicos” diseñando lo que él denominó “máquina diferencial, capaz de imprimir tablas matemáticas”, a la que luego le agregó “la máquina analítica” estructurada para realizar cualquier clase de operación aritmética.

Pero el acelerado desarrollo que se observa en el ámbito de la moderna tecnología data de la década del cuarenta del siglo veinte, cuando el científico Howard Aiken (estadounidense, 1900-1973), da los pasos decisivos en tal sentido, para que en 1945 se construyera en la Universidad de Pennsylvania el ENIAC (Computador e Integrador Numérico Electrónico), diseñado en 1946 por John P. Eckert y John W. Mauchey, para cubrir estrictas necesidades impuestas por la segunda guerra mundial. Esta máquina ocupaba ciento cuarenta metros cuadrados, pesaba treinta toneladas, contenía dieciocho mil válvulas de vacío, setenta mil resistores, diez mil capacitores y seis mil llaves. Tan lejana ha quedado en la historia de la civilización, esa primera computadora, que sin haber logrado ocultar su origen bélico, tenía una potencia aproximada, equivalente a una PC mediana actual (*personal computer*, computadora personal), y ocupaba un edificio entero, cuidadosamente climatizado a una temperatura constante, para evitar que sufriera cualquier alteración térmica, la que por mínima que fuera, podía producirle fallas, hasta llegar a paralizarla. Tal ha sido el progreso científico y tecnológico en este campo que Carlos Ferré allá por 1983 llegó a afirmar, que si la industria automotriz hubiera seguido un ritmo similar, un automóvil Rolls Royce debería costar no más de dos dólares con setenta y cinco centavos y recorrería un millón de kilómetros con un litro de combustible.

Cabe recordar a la sazón, que la ***“Robótica”*** es una ciencia que estudia el diseño y construcción de máquinas capaces de desempeñar tareas realizadas por el ser humano o que requieren del uso de inteligencia. Las ciencias y tecnologías de las que deriva podrían ser: el álgebra, los autómatas programables, las máquinas de estados, la mecánica o la informática. Una definición puede ser: “El conjunto de conocimientos teóricos y prácticos que permiten concebir, realizar y

automatizar sistemas basados en estructuras mecánicas poli articuladas, dotados de un determinado grado de inteligencia y destinados a la producción industrial o a la sustitución del hombre en muy diversas tareas".

Un sistema robótico se puede describir, como "Aquél que es capaz de recibir información, de comprender su entorno a través del empleo de modelos, de formular y de ejecutar planes, y de controlar o supervisar su operación". La ***Robótica*** es esencialmente pluridisciplinaria y se apoya en gran medida en los progresos de la microelectrónica y de la informática, así como en los de nuevas disciplinas tales como el reconocimiento de patrones y de inteligencia artificial.

Su historia ha estado unida a la construcción de "artefactos", muchas veces por obra de quienes trataban de materializar el deseo humano de crear seres semejantes a nosotros que nos descargasen del trabajo.

Ahora bien, si algún autor ha influido fundamentalmente en la concepción del universo de los robots de ficción, éste ha sido Isaac Asimov, a quien precisamente se le atribuye la invención de la palabra robótica. Este autor a la edad de veintidós años, escribió su cuarto relato corto sobre robots y uno de sus personajes planteó lo que consideraba axiomas básicos para el funcionamiento de un robot. Asimov fijó en un supuesto *Manual de Robótica* (56 edición, 2085 d. C.) las famosas tres leyes que debían regir a los robots en su relación con los humanos:

- Un robot no puede lesionar a un ser humano ni permitir por inacción que le sobrevenga daño alguno.
- Un robot debe obedecer las órdenes que le den los seres humanos. Salvo que tales órdenes vayan en contravención de lo dispuesto en la Primera ley.
- Un robot debe proteger su propia existencia siempre y cuando tal protección no suponga contravenir la Primera o la Segunda Ley[1].

Por ende, más allá de la actualidad o no de tales reglas, ellas nos inducen para que indaguemos si INTERNET, una creación del hombre, que conecta máquinas y redes que se conectan su vez entre sí, es un área regulable, una zona donde impera el derecho, o es un espacio ajurídico.

III. INTERNET: UNA ZONA DE NO DERECHO?. LA NADA LEGAL? UNA TIERRA DE NADIE?

[1] Desde su ***Yo, robot*** hasta el libro ***La era de los robots***, que es una compilación de cuentos denominada ***Sueños de Robot****,* el escritor desarrolla un mundo creativo y alucinante. Sus robots eran máquinas capaces de llevar a cabo diversas tareas programadas, a veces, incluso, de pensar, pero carecían de voluntad. Asimov fijó en su Manual de Robótica (56 edición, 2085 d. C.) las famosas tres leyes que debían regir a los robots en su relación con los humanos. Cfr. Emilio J. Corbière. Biblio-Press. N°10. Pág. 5. Biblioteca del Congreso de la Nación. Artículo "Isaac Asimov, un revolucionario subterráneo", quien escribe "...No es descabellado pensar que, dentro de muchos años, los juristas del futuro recuerden a Asimov en sus codificaciones intergalácticas. Sus libros fueron traducidos a sesenta idiomas, fue consultor de la NASA y miembro distinguido del Club de los Intelectuales Superdotados. Sin embargo era un hombre común en sus costumbres y en su vida personal. Nunca fue a recibir sus premios a Europa o a otras ciudades norteamericanas por su pánico a los aviones. Adquirió su primera computadora personal recién en 1981 y nunca trabajo con secretarios o ayudantes. Todo lo hizo en su moderna máquina de escribir mecánica. Sus escritos sobre el carbono 14, y la posibilidad de que produjera mutaciones, sirvieron de base a las campañas pacifistas y para que el Premio Nobel Linus Pauling denunciara las pruebas atómicas".

La red fue concebida como series descentralizadas de conexiones entre computadoras y redes de computadoras, con suficiente aptitud para transmitir y recibir información sin la permanente presencia humana en su funcionamiento. No estaba ni aún lo está, manejada, administrada, controlada por entidad pública o privada alguna. Pero conviene que nos preguntemos si INTERNET es un espacio, una zona de no derecho?.

Jean Carbonnier en 1972 publicó un trabajo sobre "La hipótesis de un no derecho" ("L´hypothese de non droit"), que más tarde diera lugar a un Congreso de Juristas celebrado en Lieja en octubre de 1977, quienes debatieron esta delicada como relevante cuestión. En este sentido, cabe recordar que este autor en su trabajo empieza afirmando que los juristas clásicos piensan, si no que todo es derecho, al menos que el derecho está por doquier, lo envuelve todo y sostiene como un dios invisible todo el universo habitado. Habría de este modo un postulado y un ideal de panjurismo. Ante este postulado, por cierto peculiar, nos permitimos interrogarnos antes de ahora, si puede afirmarse la existencia de espacios vacíos de derecho, los llamados espacios de no-derecho, las zonas de no derecho[2]. Un no derecho caracterizado por la ausencia de normas en ciertos aspectos de la vida humana; la existencia de un área, espacio en el que un grupo humano, a la manera de una suerte de insularidad territorial y personal, se rige por sus propias normas.

Por ello corresponde además que persistamos en preguntarnos si INTERNET, al igual que tantos otros fenómenos como los hackers, los okupas, los squatters, es un área franca, una zona de nadie, de la nada legal, de no-derecho. Si ello fuera así, se podría válidamente pensar, que un acto que es ilegal, por el mero hecho de pasar por INTERNET se convierte en legal, así pues un acto de corrupción de menores, de racismo, de pornografía, de apología al consumo de drogas, de pedofilia, de interceptación de mensajes, se verán por el empleo, por la intermediación de la sacrosanta red de redes, por penetrar en ese territorio, tocados por una suerte de invisible varita mágica, esencialmente modificados, purificados.

Así pues, cabe también plantearse fundamentalmente, que cuando se habla de la red, se está ante un espacio libre, una zona liberada, de plena irresponsabilidad, un espacio de abdicación de la soberanía estadual, o bien una zona que exige de fórmulas jurídicas, de leyes, de regulación normativa, sea en una modalidad tradicional, clásica o no. No ignoramos que este planteo encierra por cierto, otro más profundo, insoslayable y que consiste en saber si el derecho, nuestro derecho, el que hemos estudiado en la universidad, el que aplicamos, el que usamos, el que investigamos, es o no adecuado para captar tal objeto, la problemática vinculada con el llamado espacio cibernético, telemático, virtual. Por lo menos, conviene pensar nada más ni nada menos, como lo hace Michael Vivant, si es posible dudar si hay un lugar para el derecho en el futuro. Vaya, vaya...

IV. LOS DISCURSOS SOBRE EL CYBERLAW.

[2] El trabajo del autor citado fue publicado en la Librería General de Derecho y de Jurisprudencia en 1976, en París, Francia y antes había sido publicado en *Archives de Philosophie du Droit, Sirey*, en 1963.

Entre los discursos que han aparecido en torno de INTERNET, cabe mencionar en primer término, aquél que podría denominarse tradicionalista, que considera que el Estado es el ente más apropiado para encargarse de reglar, de regular el ciberespacio[3]. Ello por cuanto, el Estado es el único que ostenta la legitimación democrática, la infraestructura así como las instituciones para hacer cumplir las reglas aún cuando ellas operen en el espacio virtual. Según esta línea de pensamiento, son los derechos estaduales quienes ofrecen la mejor, más legítima, más democrática opción en este tema.

Un segundo discurso, el de los ciber-separatistas, autonomistas, parte de la idea de que el ciberespacio es un espacio social separado, distinto del mundo real. Consecuentemente, quienes propugnan esta corriente de pensamiento, argumentan que las normas que existen en los derechos nacionales, no son o no deberían aplicarse en el ciberespacio. En una posición extrema, habrá quienes llegan a pensar que ninguna ley, ninguna regla debería regirlo[4]. Precisamente en este aspecto, es cuando se introduce el argumento, según el cual INTERNET debe ser gobernado por los propios usuarios, quienes son los primeros interesados, los principalmente afectados.

Se recurre en tal sentido, para sostener la autonomía del ciberespacio, a la validez de la *lex informatica*, a la analogía de pensar que tiene el mismo origen que la *lex mercatoria.* Sus partidarios no dudan en encontrar profundas similitudes entre las necesidades de los comerciantes que claman por la *lex mercatoria* y los requerimientos por los que claman quienes interactúan en la net[5].

Esta concepción parece ignorar que el entorno cibernético donde se despliega la llamada sociedad internáutica, como consecuencia de la interacción social, no es inmune a controversias. Dicho en otras palabras, ya han sobrevenido y seguirán haciéndolo las desavenencias que perturbando el idilio entre los internautas, deberán ser procesadas, ser resueltas, para reestablecer la paz cibernética. Este discurso acerca de la separación del espacio virtual del mundo jurídico estimula, a mi modo de ver, la ciberanarquía[6].

No me convence la idea sobre la presunta, necesaria, conveniente separabilidad como objeto del entorno cibernético, por cuanto descreo que sea un sitio distinto del mundo real; máxime cuando

---

[3] Término creado por William Gibson en su novela *Neuromancer* (1984). Este autor lo define como una alucinación consensuada que experimentan diariamente billones de operadores de computadoras; una representación gráfica de información que fluye de cada ordenador al sistema humano.

[4] BARLOW, John P. “A Cyberspace Independence Declaration”. http://www.eff.org/Barlow. Quien enfáticamente declara: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather". BOYLE, James, “Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors”, 66, *U. Cin. I. Rev*. 177. 1997.

[5] JOHNSON POST, “Law and Borders”. 1390, También, PERRIT, Henry Jr. “The Internet as a Threat to Sovereignty?. *Thoughts on the Internet¨s role in Strenghening National and Global Governance*, 5, Ind. J. Global Leg. Stud. 423, 427. 1998. “Cybernauts most closely resemble medieval merchants who developed substantive rules and practices tu regulate transtional trade. The lex mercatoria- outside traditional polictical institutions”.

[6] El término es empleado por muchos autores, entre los que se destaca: GOLDSMITH, Jack “Against Cyberanarchy”, 65, *U.Chi.I.Rev*.1200. 1998.

advierto que quienes precisamente en él interactúan, son las mismas personas humanas que viven en el mundo real.

No ignoro que para explicar este fenómeno de círculos concéntricos, coexistentes, habrá quienes podrán argüir, tratando de contestar esta objeción, que también en el mundo real existen numerosos ejemplos de grupos que se reúnen en sociedades, organizaciones, cámaras, clubs y ello no significa que la pertenencia a esas asociaciones y la sujeción a sus estatutos, reglamentos, cuerpos normativos impliquen la imposibilidad de pertenecer a otras. Dicho de otra manera, la pertenencia a varias organizaciones coetáneamente no implica que ellas no sean autónomas, que puedan autogobernarse.

Por otro lado, a mayor abundamiento, permítaseme preguntarme si quizás no es un pensamiento tan prematuro como arriesgado, considerar que quienes navegan en la web son personas con suficiente capacidad, con autosuficiencia, con aptitud para autoregularse acabadamente.

En otras palabras, ¿cómo poder defender la autoregulación de los piratas que pululan en la red de redes?.¿O que así lo hagan quienes atentan contra los derechos de autor?. ¿Cómo aprobar que sean los mismos que cometen pedofilia quienes creen las normas de su actividad?. ¿Sobre qué base se hará el presunto reparto?. ¿Qué aptitudes tan especiales demuestran quienes operan en el comercio electrónico que les permite llegar a regular el mercado cibernético?. En todo caso, ¿ellos decidirán cuáles son las cibercontroversias que caen bajo la esfera de la *lex informatica*?. ¿Serán las vinculadas estrechamente con una actividad cibernética?, ¿o también aquellas disputas entre usuarios de la net?. ¿Qué criterio diferenciador usar en este sentido?. ¿No se puede llegar a pensar que quienes sostienen la separabilidad jurídica, la autonomía del mundo cibernético, se dejan llevar por una suerte de falso lirismo, romanticismo?. ¿Será que en el comercio electrónico nadie intentará la aceptación de cláusulas abusivas predispuestas por la parte que en el contrato internacional tiene mayor poder de negociación?.¿No es creer falsamente que todos los internautas que navegan en el ciberespacio, a diferencia de los que viven en el mundo real, son naturalmente buenos, ingenuos, respetuosos de las reglas éticas, morales, jurídicas, deontológicas, con suficiente entidad como para no solamente autoregularse sino para autosancionarse?. No, realmente me resisto a creerlo.

El ciberespacio no debe ser considerado como un compartimiento estanco, inmune e impenetrable a las reglas de los hombres, separado del mundo real; más allá de las creencias religiosas, lo cierto que a pesar de la ficción creada para captar, para explicar un fenómeno peculiar, respetuosamente creo que el mundo real es el único existente.

No puedo convencerme que las prácticas, las conductas, las costumbres, los usos reiterados, respetados, observados por y entre quienes interactúan en la red, por ese mero hecho ostenten el sello de su juricidad. Al incrédulo le bastará observar la forma en que algunos “usuarios” emplean la net, imbuídos, casi pletóricos de libertad, para difundir ideologías peligrosas, ofrecer productos de venta prohibidos, comprometerse a practicar eutanasia, tráfico de menores, falsas adopciones

internacionales, responsabilidad por productos informáticos defectuosos, infracciones del derecho de patentes o marcas, pedofilia, pornografía infantil, entre tantos otros delitos.

V. INTERNET: ¿UN GOLEM POSTMODERNO?

Se me hace como se le ha hecho a otros antes, que el hombre ha creado una suerte de criatura fabulosa, inacabada, extraña creación semejante al hombre, pero que no es un hombre, que tiene casi vida propia, y que se parece a un GOLEM[7].

Sí, a ese personaje mítico que fuera moldeado en el año 1580 por el rabino Judá Loew ben Bezalel, mejor conocido como el Maharal, a las cuatro de la madrugada bajo los artísticos puentes de la ciudad de Praga del emperador Rodolfo II, la Praga del misterio y de la alquimia, de los estudiosos, también de los charlatanes, con el barro acumulado en las márgenes del río Modava.

Sí, la ciudad de Praga que le dio el marco bullicioso, tan adecuado, para que floreciera la actividad en el campo de la astronomía, la medicina, la filosofía, la teología, la alquimia, las artes.

Sí, el que adquirió vida cuando el rabino introdujo en su boca inerte un pergamino con el nombre secreto y sagrado de Dios.

Sí, ese tesoro que según cuenta la leyenda se manifiesta cuando el emperador recibió al rabino en el castillo poco antes que falleciera, quizá para arrancarle alguno de sus poderes, y con el que solía comunicarse a través de un pasadizo subterráneo en el que el noble aprendía cábala con el rabino.

Sí, esa ciudad ávida de cultura, en la que “al interés por las ciencias naturales se unía una curiosidad por las criaturas mecánicas”, por las célebres marionetas checas.

Sí, esa ciudad que supo acuñar el término de origen checo, robot. En efecto, la palabra Robot que surge con la obra RUR, los "Robots Universales de Rossum" de Carel Capee[8], es una palabra checoslovaca que significa trabajador, sirviente. Sí, esa ciudad que invita a visitar la sinagoga Altneuschul, en cuyo ático supuestamente descansa el GOLEM de Praga.

Entonces, claro, nada es casual. No porque hasta Borges, nuestro Jorge Luis Borges, aprendió según Marcos Aguinis, el idioma alemán leyendo la novela sobre el GOLEM de Gustav Meyrink, y habló sobre él con el erudito Gershom Scholem en su visita por Israel y lo incluyó en su poema titulado el GOLEM que empieza con aquella celebrada estrofa que dice: “Si (como el griego afirma en el Cratilo), el nombre es arquetipo de la cosa, en las letras de rosa está la rosa y todo el Nilo,

---

[7] Vid. AGUINIS, Marcos. Buenos Aires-Praga: *El Golem, Borges y Kafka*. La Nación. 24 de octubre de 2004. Seguimos en este punto un desarrollo similar al diseñado en este artículo, que nos permitimos parafrasear y que como otros anteriores, nos han servido de inspiración para este trabajo.

[8] La palabra "robot" viene del vocablo checo "**robota**" que significa "servidumbre", "trabajo forzado", o esclavitud, especialmente los llamados "trabajadores alquilados" que vivieron en el Imperio Austrohúngaro hasta 1848. El término "robot" fue utilizado por primera vez por Karel Capek en su historia actuada "*R.U.R. (Rossum's Universal Robots)*" (escrita en colaboración con su hermano Josef en 1920; interpretada por primera vez en 1921; interpretada en Nueva York en 1922; la edición en inglés fue publicada en 1923). Aunque los robots de Čapek eran humanos artificiales orgánicos, la palabra robot es casi siempre utilizada para referirse a humanos mecánicos. El término androide puede referirse a cualquiera de estos, mientras que un cyborg ("organismo cibernético" u "hombre biónico") puede ser una criatura que es la combinación de partes orgánicas y mecánicas.

en la palabra Nilo", rindiéndole homenaje cuando dice en una parte de su poema..."El cabalista que ofició de numen, a la vasta criatura apodó GOLEM ...". En este sentido, no puede ignorarse que la primera computadora, como observa agudamente el autor que nos inspira, desarrollada en el Instituto Weizmann de Israel, ubicada en la vanguardia de las investigaciones científicas, fue llamada GOLEM, que une al ser mítico que nació gracias a la destreza de un hombre con esta otra criatura, científica, que también inventó la destreza del hombre.

Finalmente, sin ánimo de agobiar a los lectores con la cábala, o mejor dicho Kabalá, cabe recordar y ello es necesario para avanzar en este trabajo, que GOLEM es una palabra hebrea que significa algo o alguien aún incompleto, inacabado, que se presta a renacimientos y recreaciones. Así pues, viene a cuento, un texto del autor israelí antes citado dice: "El viejo GOLEM se basaba en la combinación de las veintidós (22) letras del alfabeto hebreo, que a su vez son los elementos básicos de la construcción del universo. El nuevo GOLEM se basa en un sistema mucho más sencillo, pero a la vez más laberíntico. En lugar de veintidós (22) elementos conoce sólo dos, que son 0 y 1, de los que está compuesto el sistema numérico binario. Todo puede ser traducido o convertido en estos dos signos básicos. Diría que los antiguos cabalistas le darían una alegre bienvenida a esta simplificación de su propio sistema". Porque al GOLEM lo podemos ver no solo como una criatura bíblica en la religión judía, sino también como una metáfora en la literatura, el arte y la ciencia. Porque como señala Gerschom Scholem el GOLEM "no es destructivo", sino que es el hombre, quien en su proceso de creación, instila en "él" tensiones y contradicciones que lo hacen "comportarse" en forma "nociva"[9].

Pero no podemos evitar preguntarnos, cuál GOLEM, aquél, éste, el anterior, el siguiente, el único, el viejo, el nuevo, uno, otros, pocos, muchos. Pero sin lugar a dudas, todos "hechos" por el hombre, "pensados" por el cerebro humano a su imagen y semejanza, imitándolo. Para servirlo.

VI. REFLEXIONES FINALES

Desde luego que no pretendemos darle respuesta inmediata y única a estos interrogantes, sino solamente aspiramos reflexionar sobre si INTERNET es o no una zona de derecho. Nosotros pensamos que sí lo es, que merece serlo. Por nuestra parte, tal como lo hemos manifestado en presentaciones anteriores, estamos convencidos que el Derecho, como ciencia preocupada por los comportamientos sociales, está llamado a contribuir eficazmente, como lo ha hecho hasta ahora, en la regulación de la convivencia entre personas y máquinas en la sociedad actual y en la del futuro. Ese diálogo entre la máquina creada por el hombre y el hombre.

Porque resuenan aquellas palabras de Alvin Toffler cuando dijo en una entrevista: "...En el futuro, las tecnologías avanzadas nos plantearán problemas éticos que ahora apenas vislumbramos: la manipulación genética, la posibilidad de acceder a la inmortalidad a través de la criogenización, la

[9] Vid. Ob. cit. nota anterior.

privacidad amenazada por la omnipresencia informática... Afrontaremos verdaderos conflictos morales y dilemas políticos" [10].

Los desafíos que conmueven al Derecho contemporáneo, obligan a los juristas a realizar urgentes esfuerzos para adecuarlos a las nuevas circunstancias de la hora actual y en este compromiso le corresponde participar tanto al Derecho en general, y específicamente, dentro de su área al Derecho Internacional Privado.

Por todo ello hemos entendido que el tratamiento de cuestiones como la que encaramos, representa una exigencia de la actualidad. Debemos seguir preparándonos para afrontar y resolver los conflictos que se generen en el mundo del futuro.

Porque soy consciente que mientras escribo estas palabras, nuestras computadoras, todas ellas han pasado a ser obsoletas, prehistóricas, pero la mente humana, el cerebro del hombre que las ha creado siempre maquinará en sus fantasías y quizá pueda conseguir a la manera de otros nuevos GOLEM sustituirlas, superarlas. Si bien el hombre ha buscado crear máquinas que puedan realizar las mismas tareas que él, ahora su meta va más allá: lograr que éstas no sólo reproduzcan conductas inteligentes, sino que lo hagan utilizando las mismas reglas, principios que se han descubierto en los seres vivos y en particular en el hombre. No en vano el Proyecto Universidad Milenio de las Naciones Unidas examina la forma en la que los humanos y los robots se relacionarán en el futuro. Uno de sus escenarios de análisis, nominalmente puesto en el año 3000, fue llamado "La ascensión y caída del Imperio Robot". Pero eso será tema de otra conversación.

En ese escenario, mirando hacia atrás hasta el día de hoy: los robots evolucionaron como los humanos y se volvieron filósofos, bufones, políticos, oradores, actores, maestros, acróbatas, artistas, poetas y pastores de los menos adeptos humanos. La sociedad tuvo un nuevo sistema de castas, y los humanos se convirtieron en una raza tolerada y de alguna manera menospreciados por las máquinas que pudieron desplazarlos y mejorarlos en cualquier medida de fuerza, vitalidad, velocidad y resistencia. El argumento más importante hecho en la aplicación de la tecnología genética para mejorar el desempeño de los humanos mental y físicamente fue "nosotros tenemos que mantenernos a la par con los robots". Con los recursos escaseando, la selección natural y artificial comenzó a operar en una manera seria, distribuyendo los recursos disponibles entre aquellos entes que eran los más aptos para explotarlos, en su mayor parte, los robots. ¿Cómo pudieron los humanos retomar el control? La respuesta fue usar la ingenuidad humana, la creatividad, ocultismo, dedicación y distracción. Tomo algún tiempo, pero funcionó. Esto al final comenzó a estabilizar la población de robots[11].

[10] "Informe especial. Los próximos cien años", revista *Muy interesante*, nro. 87, Ediciones García Ferré, Buenos Aires, enero de 1993, págs. 5-41.

[11] Vid El término Robot en Enciclopedia Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Robot. 2006.

Porque, se me hace que alguien puede pensar que INTERNET se pudo haber erigido en una criatura que a la manera del GOLEM tiene la peligrosa tendencia de volcarse en contra de su creador, rebelándose.

Sin embargo, más allá de toda ficción, no creo para nada que el hombre se atreva como otrora hiciera el rabino de Praga[12] a sacarle el pergamino de la boca al GOLEM, sin haber medido las consecuencias...

El espacio virtual es un ámbito con ciertas características particulares, si bien no extraño a la regulación jurídica, que implica un gran desafío para legisladores y autoridades judiciales. Estamos ante un fenómeno que forma parte de la realidad y que precisa convertirse en parte del orden jurídico, del derecho. En este sentido, podrán ser los Estados o los propios usuarios quienes deberán tomar la iniciativa en la determinación de las reglas para así contribuir a su formulación.

VII. PROPUESTAS

1) La accesibilidad y la facilidad en la realización de las transacciones electrónicas precisa de un entorno que asegure la protección de la información y brinde seguridad jurídica a los usuarios.
2) Corresponde a los derechos estaduales encargarse de reglar, de regular el ciberespacio. Ello por cuanto, el Estado es el único que ostenta la legitimación democrática, la infraestructura así como las instituciones para hacer cumplir las reglas aún cuando ellas operen en el espacio virtual.
3) Por ende, los juristas en general y los especialistas de Derecho Internacional Privado en particular, tendremos que asumir una vez más, con seriedad, con imaginación la responsabilidad necesaria para atender un fenómeno que ha revolucionado el mundo del comercio, de los negocios internacionales.
4) Dentro de lo que son las temáticas propias de la disciplina, la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, tanto nacional como extranjera, habrá que buscar soluciones en materia de ley aplicable y de jurisdicción internacional, ya que estas áreas se encuentran en condiciones de adaptarse, adecuarse a los cambios rotundos, redefiniéndose los puntos de conexión tradicionales, permitiendo la solución de las disputas mediante modalidades como el arbitraje, consolidando los mecanismos de cooperación y asistencia jurídica, pero siempre atendiendo a la modalidad del comercio electrónico, que por su propia esencia

[12] Según Brenner, P. *El GOLEM de Praga*, el GOLEM, descansaba los días Shabat, los sábados y para tal efecto el rabino le quitaba el "pergamino" de la boca en las tardes de los días viernes y el robot perdía sus habilidades de movimiento y fuerza, y permanecía inerte. Pero, en una oportunidad, el Maharal olvidó de hacerlo. Con el arribo del Shabat, el GOLEM empezó a inquietarse y creciendo hasta obtener una enorme estatura, amenazó con destruir el gueto judío. La judería asustada se dirigió a la sinagoga para informar al rabino. El Maharal acosó al robot logrando quitarle el papel con el Nombre Divino. Este hecho produjo la destrucción del GOLEM que se convirtió nuevamente en un montículo de arcilla. Hasta aquí una de las diversas versiones de esta leyenda. (Editorial Boker, 1998)

reafirma la existencia, la necesidad de recurrencia a nuestra aún plena de vitalidad rama del derecho.

EL CONFLICTO DE CIVILIZACIONES: Una nueva mirada a INTERNET

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo volvemos a introducirnos en el delicado tema del denominado "*conflicto de civilizaciones"*, aunque a sabiendas tal como otrora, que su tratamiento excede el ámbito del Derecho Internacional Privado, pero que a él nos ceñiremos. Esta cuestión resulta nítida cuando se observan cuidadosamente lo que ha dado en llamarse el "nuevo orden internacional" así como la peculiar forma en que interactúan los protagonistas de las relaciones internacionales. Quizás leguemos una asignatura pendiente, otra de las muchas más, a las futuras generaciones, quienes precisarán reflexionar para desentrañar el alcance que corresponde asignarle a la distinción "civilización y barbarie" o entre "poderosos y débiles"[1].

Asistimos a una verdadera revolución fundamental, sustancial, como bien es sabido, acerca del contenido y concepto de la información, que se almacena, se maneja, se manipula, se transforma, y se clasifica. A diferencia de otros medios de comunicación como la radio, la televisión, el teléfono, Internet es históricamente el primer medio que permite la interactividad, en tiempo real, sin importar la ubicación de emisores y receptores. Las conocidas P2P, par a par, tienen una estructura tal que cualquiera de los nodos, puntos, o pares de una red puede ser proveedor o requirente en una comunicación electrónica, intercambio electrónico de datos. Aunque somos conscientes que INTERNET, esta novedosa tecnología, ha generado un cambio de paradigma, una suerte de cisma en nuestra cultura, ya que "cuando surge un nuevo medio de comunicación se crean nuevos patrones de asociación y se articulan nuevas formas de conocimiento". En efecto, este medio de comunicación ha provocado alteraciones que obligan a reestructurar los pensamientos, la forma de pensar y de actuar. La aparición de un nuevo medio de comunicación puede determinar conocimiento y crear civilización, porque cada nuevo medio, a su vez, lleva a una nueva civilización.

II. LOS CONFLICTOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Es cierto y ya lo hemos dicho antes de ahora, que el Derecho Internacional Privado desde su aparición en el elenco de ramas de la ciencia jurídica, allá por la Edad Media, ha sido dominada por los "conflictos". En efecto, el primer "gran Conflicto", estimulado por la necesidad de regulación de las relaciones jurídicas con elementos foráneos, extranjeros, llegó a constituir por años su objeto exclusivo. Afortunadamente, esta teoría reduccionista ha sido superada por quienes creemos, desde una posición abarcatoria, que el objeto del derecho internacional privado consiste en la regulación de la relación jurídica internacional, sea que ella se desenvuelva en el ámbito interno, regional o internacional[2]. Este objeto, se visualiza con más nitidez cuando a partir de la

relación jurídica internacional que sabemos caracterizada por la presencia de por lo menos un interés privado, es analizada desde el triple punto de mira que brindan la ley aplicable, la jurisdicción competente y el reconocimiento de las decisiones jurisdiccionales estatales o arbitrales.

Así es que aquél *primer conflicto* ha llegado a alcanzar tal celebridad que no solamente numerosas teorías le han dedicado considerable espacio a su elucidación, sino que la primigenia designación que mereció nuestra disciplina fue precisamente la de "conflicto de leyes"[3].

En el inagotable anhelo de encontrar soluciones adecuadas, otros no menos célebres "conflictos", han incitado la imaginación de los juristas, y así en nuestra disciplina es habitual referirse al conflicto de "jurisdicciones"; al conflicto de "soberanías"; al conflicto de "sistemas"; al conflicto de "nacionalidades"; al conflicto de "calificaciones", al conflicto "móvil"; al conflicto "internacional transitorio"; al conflicto de "convenciones"; por citar los más renombrados. Sin embargo, tal como anticipamos, de ellos no nos ocuparemos en esta oportunidad[4]. En esta ocasión hemos preferido orientar la meditación jurídica a otro "conflicto", el denominado "conflicto de civilizaciones".

Resulta de toda necesidad al emprender el itinerario marcado hacia el mentado "*conflicto de civilizaciones",* realizar una suerte de reflexiones preliminares relacionadas con aquellas líneas de pensamiento que han procurado de alguna manera, abordarlo.

La primera tendencia, que denominamos antes de ahora como "clásica o tradicional" se encuentra íntimamente vinculada con la doctrina de Savigny. En efecto, el *conflicto de civilizacione*s se encuentra latente en el desarrollo de este autor en materia de orden público internacional. Precisamente la célebre "comunidad jurídica entre los Estados", fundamento de la obligatoriedad en la aplicación extraterritorial del derecho extranjero, indudablemente deriva de la pertenencia por parte de los Estados a una misma civilización: la occidental. Los pilares de esa comunidad jurídica son para el jurista mencionado, el derecho romano y el cristianismo. Esta comunidad no permanece incólume, impoluta, intacta sino que puede llegar a quebrarse cuando el derecho extranjero carece de esa base de sustentación común posibilitando recurrir excepcionalmente a las limitaciones en su aplicación, es decir, el orden público internacional. La segunda en cambio, la más próxima, la denominamos como tendencia "moderna o actual", que encierra un aparente "joven conflicto" que decididamente no es más que un remozado "viejo conflicto". Veamos en apartados siguientes algunas de sus modalidades.

III. CONFLICTO DE CIVILIZACIONES Y ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL

Los Estados cuentan con diversos caminos para evitar que se agredan los principios básicos que inspiran su propia legislación. Uno de ellos consiste en el dictado de leyes, de ciertas reglas que deberán ser aplicables en todo caso, contenga o no elementos extranjeros. Se está ante las denominadas leyes de policía, leyes de aplicación inmediata, normas locales internacionalmente imperativas. El otro, se distingue del anterior toda vez que al orden público internacional se arriba a través de la regla de conflicto, donde la ley extranjera es desplazada por ofender gravemente al derecho del juez; mientras que las normas locales internacionalmente imperativas se aplican

independientemente de esa circunstancia. Se trata de normas sustantivas o materiales o directas que exigen su aplicación inmediata sin necesidad de transitar el camino de la norma de conflicto. La relación es captada por la norma local internacionalmente imperativa, que le es, apriorística y directamente aplicable[5]. Pero cuando se plantea el problema del orden público internacional es cuando el derecho extranjero indicado por la regla de conflicto para solucionar la cuestión de derecho internacional privado, está en pugna con la ley del juez que entiende en la causa. En efecto, la ley llamada por la norma de derecho internacional privado indirecta contraría gravemente por su contenido el derecho del juez, lo cual legitima, justifica la inaplicabilidad del derecho extranjero normalmente aplicable. Así pues, el orden público internacional es un mecanismo de excepción, que se traduce como una limitación a la ley extranjera designada por la regla de conflicto cuando con su aplicación en un caso concreto se corre el riesgo de producir un ataque, un resultado inaceptable a los principios, a los valores esenciales del derecho del foro. Puede ser definido como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado[6].

De modo que su función primordial consiste, en la salvaguardia de aquellos principios considerados fundamentales en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica en un momento determinado.

Pero está claro como el agua que la idea subyacente es la de impedir la penetración del derecho extranjero procedente de civilizaciones extrañas a la occidental, en especial – en el contexto histórico savigniano – la otomana. Baste para ello recordar las reflexiones que en materia de matrimonio le merece a este autor la cuestión de la “poligamia”[7].

Cuando la ley extranjera procede de un Estado de “distinto”, de “diferente” nivel de civilización o cuando esta ley pertenece a una “familia jurídica” que no ha alcanzado el mismo “nivel de civilización”, el recurso al orden público internacional será de empleo frecuente. Si la agresión tiene entidad, si la lesión tiene gravedad hasta conculcar los cimientoS esenciales de la legislación de un Estado, su utilización queda justificada. Sin embargo, ello no es así cuando de lo que se trata es de esconder una mirada desconfiada hacia la legislación de otros Estados. No se está ante una cuestión menor. Todo lo contrario, esta delicada circunstancia parece producir un serio desequilibrio en el ámbito de la armonía y la cooperación internacionales.

En síntesis, esta tendencia encierra la idea de que las leyes son el reflejo de las civilizaciones y el “admitir” en un Estado la aplicación de una ley extranjera implica el reconocimiento del nivel de civilización que ellas representan. El “orden público internacional” es uno de los recursos con que cuentan los Estados para solucionar el tan inevitable como temido “CONFLICTO DE CIVILIZACIONES”[8].

Quizá uno de los fallos más emblemáticos es el que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia del régimen internacional del matrimonio en la sentencia del 12 de noviembre de 1996, el ya celebérrimo caso *Solá*.

En esta oportunidad el Tribunal después de establecer que “tiene legitimación para promover el juicio sucesorio la mujer que contrajo matrimonio con el causante en la República del Paraguay sin que se hubiese disuelto el que éste celebró anteriormente en nuestro país”, sostuvo: “...Que en virtud de la modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina por la ley 23.515 y del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen y que es invocado en virtud de los derechos sucesorios de la cónyuge supérstite...”[9]. Esta decisión contiene a nuestro juicio elementos de innovación y de esclarecimiento, ya que termina con la línea de pensamiento doctrinario que por muchos años empalideció, casi me atrevería a decir ensombreció al sistema de derecho internacional privado argentino firmemente orientado por esos entonces, hacia la persecución, la penalización de los denominados matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley argentina.

IV. CONFLICTO DE CIVILIZACIONES Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

En el ámbito internacional resulta cada vez más frecuente que los operadores, alentados por la mayor facilidad en las comunicaciones, se lancen al exterior anudando transacciones internacionales. En los contratos internacionales suele pactarse que las eventuales controversias que se susciten entre las partes, sean personas físicas o jurídicas – públicas o privadas – serán resueltas por vía arbitral.

Si bien es cierto que las partes, en sus negocios internacionales, suelen preseleccionar la ley que habrán de aplicar los árbitros no es menos cierto que en algunas ocasiones, por razones de diversa índole no lo hacen[10]. En esta última hipótesis, el planteo central radica en saber cuál es la ley aplicable que habrán de aplicar los árbitros para dirimir la disputa. Muchas han sido las respuestas a este interrogante.

Para unos, los árbitros pueden recurrir al auxilio de la “lex mercatoria”, la cual conformaría una suerte de “tercer orden jurídico”, de tales características, que lo distinguen del orden interno y del orden internacional. Este mentado “tercer orden” se enfrenta al “traje de confección” de los derechos estaduales erigiéndose en una especie de “traje a medida” en materia de negocios internacionales para emplear en la solución de las desavenencias.

Para otros, en cambio, los árbitros habrán de recurrir a la aplicación de los órdenes jurídicos nacionales, sean de fuente interna o convencional, conducidos a través de las reglas del derecho internacional privado. Compartimos esta tesis por entender, que si bien es cierto que las partes suelen recurrir al arbitraje internacional, para evitar las interferencias estatales, no es menos cierto que esta selección del método de solución de las disputas deba necesariamente derivar en la aplicación lisa y llana de la “lex mercatoria”[11]. Dicho en otras palabras, ni el arbitraje como método de solución de conflictos ni la ausencia de elección de ley aplicable por las partes, conducen inevitablemente a la noción de contrato sin ley y menos aún a la aplicación de la “lex mercatoria”.

Donde suelen percibirse estos rasgos es en la celebración de ciertas transacciones internacionales cuando involucran tanto a Estados como a particulares, y cuando además la negociación se desenvuelve en el área de las inversiones extranjeras, en las que resulta evidente advertir la especial delicadeza de la elección de la ley que habrá de ser aplicada.

Así suelen aparecer ciertas cláusulas contractuales que establecen que ante eventuales controversias se aplicaran los "principios generalmente reconocidos por las naciones civilizadas". Ahora bien, qué encierra, o mejor dicho puede llegar a encerrar estos "principios" que según se sabe han sido atribuidos en su diseño a los operadores de los negocios internacionales, hombres de negocios y los mismos árbitros.

Pero lo que no se nos escapa es que en ocasiones estos principios parecen ajustarse, responder, compadecerse con razones de neto corte ideológico.

Y el círculo parece cerrarse, cuando en este contexto, para nada ingenuo, aunque encaramado, se oculta el mentado "Conflicto de civilizaciones" que reaparece victorioso cuando se instala la idea que no se aplicará el derecho elegido por las partes porque ellos en ocasiones no se inspiran, no proceden sino de un Estado que se juzga de menor nivel de desarrollo o civilización[12].

V. CONFLICTO DE CIVILIZACIONES Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La relevante incidencia de los movimientos migratorios ha puesto al descubierto la gestación, la conformación de un nuevo perfil, matiz en nuestra disciplina que incita al análisis. En efecto, las migraciones laborales han suscitado la aparición de nuevos problemas dentro del derecho internacional privado. Baste pensar que en Europa más del quince por ciento de la población activa está constituida por emigrantes o inmigrantes. Mas lo cierto es que dentro de ese espacio geográfico, emigraron personas del denominado tercer mundo y en los últimos tiempos personas de países de Europa del Este. A América también le alcanza el desarrollo de los movimientos de mano de obra impulsados por la marcha de los espacios integrados.

Este fenómeno unido a las inevitables desavenencias matrimoniales, a la facilidad de las comunicaciones, provocan que en ciertas ocasiones se produzcan traslados y retenciones ilegales de los niños a través de las fronteras. Los niños son manipulados como objetos por padres desavenidos, irresponsables.

Afortunadamente, el derecho internacional privado ha comenzado a paliar este gran problema recurriendo a la cooperación internacional a través de la celebración de convenciones internacionales que instan a los Estados a asumir definitivamente que el "interés superior del niño" debe ser garantizado a través del arbitrio de la pronta restitución del menor al Estado donde tiene su "centro de vida".

Sin embargo, en más ocasiones que las necesarias, algunos tribunales recurren al arbitrio del "conflicto de civilizaciones" subyacente y ello para evitar la devolución de los niños como en la Sentencia del Tribunal del Distrito de Amsterdam del 17 de diciembre de 1967 que es un ejemplo de la velada desconfianza hacia la ley extranjera reclamada, por provenir de lo que puede ser denominado como un distinto nivel de civilización.

Este caso se trataba de un venezolano con domicilio en Amberes que, conforme una sentencia dictada por un tribunal Holandés, había perdido la patria potestad sobre sus hijos, que vivían con su madre, de nacionalidad holandesa, en los Países Bajos. El padre se alzó contra esa decisión fundándose en el derecho internacional privado holandés que establecía la aplicación del derecho de la nacionalidad del padre. Es decir, alegaba la aplicación de la ley venezolana. La decisión finalmente estableció que "si bien las relaciones paterno filiales se rigen por la ley nacional del padre, no obstante las disposiciones legales holandesas sobre pérdida de facultades derivadas de la patria potestad no admiten la aplicación en contrario de una ley extranjera. De hecho, estas disposiciones legales afectan no sólo a los intereses de los hijos, sino también a los intereses de la comunidad holandesa en general, que se hallan fuertemente implicados".

Por tal motivo, la doctrina de los más prestigiosos autores españoles han observado acertadamente que "acaso sea esta la materia en que pueden apreciarse con mayor nitidez las consecuencias del denominado conflicto de civilizaciones: los Tribunales no son proclives a otorgar la patria potestad al padre o, en su caso, a la madre, extranjeros, si el otro progenitor es nacional y si estiman que el país de origen de tal extranjero no observa un nivel de civilización para el futuro desarrollo del menor". Sin embargo, no dejan de reconocer que esta "peligrosa tendencia...pasa por encima de las normas del Derecho Internacional Privado fundamentalmente, cuando están involucrados países del Magreb (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de París de 21 de junio de 1962) y también nacionales españoles y portugueses, pertenecientes a países que han sido calificados por la doctrina francesa como una cultura parcialmente diferenciada"[13].

Se trata de una tendencia ciertamente preocupante que a nuestro juicio, debería ser superada por muchas razones, entre las que destacamos solamente dos, la primera hallarse en pugna con la télesis de los textos convencionales que indudablemente esperan una actividad congruente, efectiva, por parte de las autoridades, acorde con la seriedad y relevancia de las cuestiones en juego y porque además de mantenerse esta tendencia francamente discriminatoria no se logrará persuadir a ciertos padres de determinadas nacionalidad consideradas más civilizadas a cometer actos ilícitos contra sus propios hijos[14].

VI. CONFLICTO DE CIVILIZACIONES Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Las innovaciones tecnológicas aparecidas durante los ochenta asumieron características inéditas para la sociedad como para afectar de forma permanente la manera de operar de las personas humanas y las empresas. Entre los cambios técnicos, dentro de las llamadas tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) resalta por su notable crecimiento, casi exponencial, una obra humana que casi, desprendiéndose de su creador, se ha insertado en casi todos los aspectos de la existencia humana llamada INTERNET. Lo cierto es que desde la misma aparición de la cibernética, un famoso autor en su obra *The Human Use of Human Beings*, de manera precursora previó los impactos que la cibernética provocaría en las personas humanas, en la vida, la salud, la seguridad, el conocimiento, la creatividad, y anticipó que la introducción de esta tecnología produciría modificaciones estructurales en la sociedad.

Esta creación de alcance global e interactivo inusitados, que ha generado una nueva forma de percibir el mundo, si bien ha tenido efectos positivos no se puede ignorar que también ha tenido efectos negativos, que genera conductas inapropiadas jurídicamente, tales como la disminución o hasta pérdida de la privacidad y de la seguridad en numerosas actividades, el incremento de la pornografía infantil, la facilitación de comisión de delitos de diversa índole, la afectación de los derechos de la propiedad intelectual, responsabilidad contractual y extracontractual, entre tantos otros.

Por ello, se plantean serios desafíos a las ciencias humanas, y por ende al derecho que permite interrogarse acerca de si este fenómeno, si las conductas que de él derivan poseen vitalidad intrínseca, tal autosuficiencia como para lograr desprenderse de las reglas morales, éticas, jurídicas o si por el contrario, las cuestiones motivadas por las nuevas tecnologías permanecerán encuadradas y por ende ser resueltas dentro del conjunto de reglas, leyes, principios vigentes en la sociedad. Habrá quienes piensan que para enfrentar tales cuestiones mediante el recurso a categorías nuevas que obligan a recurrir a sistemas creados al efecto, mientras que otros, piensan que el sistema tradicional de razonamiento jurídico puede ser satisfactoriamente aplicado en este campo.

Dicho en otras palabras se trata de discernir si se trata de enfocar viejos problemas desde nuevos puntos de mira, o realmente de una nueva clase de problemas que requieren de un abordaje novedoso que requieren de un tratamiento diferenciado.

Ciertamente el mentado espacio cibernético, constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Sin embargo, nadie puede ignorar que el ciberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual, lo es en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web mediante una red de INTERNET, conectándose con un proveedor ISP (Internet Service Provider).

El núcleo de esta delicada cuestión radica en saber si ese espacio debería o no, estar sujeto a algún tipo de regulación jurídica. Se trata de una noción estrechamente vinculada con la dicotomía entre la posibilidad o no de reglar el ciberespacio, y en su caso con qué extensión, con qué alcance, con qué leyes.

Si bien podrá vacilarse en incluir a INTERNET dentro de la definición de cultura como “un conjunto de estructuras sociales, religiosas así como de manifestaciones intelectuales o artísticas”[15], para llegar a encuadrar a una nueva forma de expresión humana, que tiene suficiente entidad para colocar al usuario, no solamente en una actitud pasiva, sino que muchas veces le permite una interactividad más pronunciada, que permite pensar en la aparición de una cibercultura, dominada por los principios de libertad, la igualdad, la gratuidad, entre los principales.

Ahora bien, cabe observar que los contratos celebrados vía INTERNET pueden conducir a la aplicación de una ley extranjera que vulnere los cimientos de los derechos estaduales. Y ello nos

enfrenta con el orden público internacional y por esta vía nos vemos reconducidos hacia nuestro tema central, el conflicto de civilizaciones que parece encontrarse en esta noción que procura la defensa de un conjunto de principios políticos, sociales, religiosos, morales, jurídicos fundamentales para una sociedad, para una civilización en un momento determinado.

Dicho en otras palabras, nuestra reflexión última es si la aparición de INTERNET no solamente implica en sí misma un cambio cultural o ella misma puede implicar una cultura que descubra una nueva modalidad en el conflicto de civilizaciones, entre los cultos y los incultos, entre los civilizados y los bárbaros, entre los que pueden acceder a este medio de comunicación electrónica, que se informan, que contratan, que se entretienen, y los otros, los más, que no podrán hacerlo nunca porque habitan un mundo en el que la globalización solamente permite preocuparse por sobrevivir.

VII. CONFLICTO DE CIVILIZACIONES Y LEX INFORMATICA

El fenómeno de la globalización ha traído cambios profundos a nivel socio-económico que han causado modificaciones en la manera de relacionarse en el llamado mundo cibernético. Se ha conformado una suerte de mercado global, en el que se anudan relaciones jurídicas “virtuales”, donde se compran y venden mercaderías, en el que se adquieren servicios, se transfieren fondos de manera vertiginosa.

En este contexto está tomando cuerpo el discurso de quienes entienden que tal como ha sido por siempre que a cada tipo de sociedad le corresponde diseñarse las reglas que habrán de gobernarla, la sociedad internáutica también se encuentra en posición de auto generar sus propias reglas, usos, prácticas, costumbres a través de los usuarios de la red de redes. La idea subyacente es que el ciberespacio es un espacio social separado, distinto del mundo real con suficiente virtualidad como para apartarse de los derechos estaduales.

Para nosotros, y ya lo hemos sostenido antes de ahora, esta concepción parece ignorar que el entorno cibernético donde se despliega la llamada sociedad internáutica, como consecuencia de la interacción social, no es inmune controversias. Dicho en otras palabras, ya han sobrevenido y seguirán haciéndolo las desavenencias que perturbando el idilio entre los internautas, deberán ser procesadas, ser resueltas, para reestablecer la paz cibernética. Y esto es una verdad de Perogrullo, ya que la presunta separabilidad como objeto del entorno cibernético, no es tal, ya que quienes interactúan son las personas humanas que precisamente existen en el mundo de los mortales.

Lejos estamos de aceptar que los principios que le sirven de base a la mentada lex informatica tales como "nullus commodum capere potest de injuria sua propria"; "nemo plus iure transferre potest quam ipse habet"; "non concedit venire contra factum proprium"; "l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui"; "lex specialis derogat legi generali"; “estoppel", "Anscheinsvollmacht"; "pacta sunt servanda"; "qui tacet consentire videtur"; "res inter alios acta alteri non nocet"; "best efforts"; "time is of the essence"; "fraus omnia corrumpit"; "culpa in contrahendo"; "exceptio non adimpleti contractus"; "acts of God; "force majeure", "höhere Gewalt",

"penalty clause"; "clause pénale"; "Vertragsstrafeversprechen"; hardship "Wegfall der Geschäftsgrundlage", "clausula rebus sic stantibus", "frustration of purpose"; nominal-value principle; "Nemo sine causa alterius jactura locupletari debet"; "condictio indebiti"; "unjust enrichment"; "nemo turpitudinem suam allegans auditur"; *"full compensation standard"*; "actori incumbit probatio"; "center of gravity test"; "engster Zusammenhang"; "liens les plus étroits"; "favor negotii"; "lex validitatis"; "rule of validation"; entre otros, sean una creación de los que transitan la red de redes, sino que ellos pertenecen al acervo de los derechos nacionales desde mucho antes que el hombre pensara en ella.[16]

Si el discurso de esta autonomía persiste es probable que estemos asistiendo a la aparición de un nuevo conflicto de civilizaciones, asistiendo dijimos, observando decimos, no incentivando. Un conflicto que podría estar dado entre quienes acceden a INTERNET y quienes no; entre quienes aún accediendo puedan tomar decisiones democráticas, legítimas en la creación de las reglas que los gobiernen y quienes no; entre quienes puedan tener posibilidades de procesar las desavenencias de una manera digna, justa, atemperada y quienes no, entre países y regiones en condiciones de diseñar tecnología y los que no. Claro, estamos refiriéndonos al fenómeno que se ha denominado brecha socio-digital, que de alguna manera parece aludir a la separación entre los habitantes, países o regiones que poseen mayor número de conectados a INTERNET o que pueden acceder al empleo de los diferentes servicios que ofrecen las tecnologías de información y comunicación. Frases tales como “si no lo encuentras en la red es porque no existe” parece presentarse como una construcción ideológica que indudablemente además de encerrar una carga ideológica y cultural nos obliga a repensarlas, a reflexionar sobre ella.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

l Que el denominado “conflicto de civilizaciones“, no cabe ninguna duda, merece ser atendido en un debate más profundo, máxime cuando resuenan en el mundo las célebres palabras del Profesor de la Universidad de Harvard, S. P. Huntington cuando vaticina que “*la política mundial está entrando en una nueva fase en que la fuente fundamental de conflictos no será ideológica ni económica,; las grandes divisiones de la humanidad y la fuente dominante de conflictos serán culturales, entre naciones y grupos de civilizaciones diferentes. El choque de civilizaciones dominará la política mundial”.*

l Que los conflictos ya existen, ya están presentes, y son culturales, entre civilizaciones diferentes, entre naciones y grupos de civilizaciones diferentes ya es un hecho sabido, por lo que habrá que aprender a convivir con la disparidad, con la pluralidad, con la divergencia, sin predicar la presunta superioridad de algunas civilizaciones, de algunas culturas sobre otras menos poderosas, más débiles, más permeables. Ante esta especial situación no podemos permanecer inmóviles, indiferentes.

l Que INTERNET es una creación humana no cabe tampoco dudas y que para algunos es un GOLEM DE LA POSTMODERNIDAD. Ahora bien, habrá que discernir si este medio de comunicación constituye el elemento disparador de un nuevo conflicto de civilizaciones, entre los

que tengan posibilidades sea un Estado, un espacio integrado de subirse al vehículo privilegiado de la digitalización, de la cibercivilización o bien, quienes se quedarán abajo. O es solamente un nuevo medio que el hombre se encuentra en condiciones de asumir.

* Este trabajo se encuentra basado, con las necesarias ampliaciones y actualizaciones, en uno anteriormente publicado en *Revista Plenario* Año 4, N 35. AABA. Argentina.

[1] Ver entre la extensa bibliografía dedicada al tema un enfoque en "Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional". Ediciones Mc Graw Hill, Madrid 1996, de Antonio REMIRO BRONTONS – Director del área del Derecho Internacional de la Universidad Autónoma de Madrid.

[2] Ver BIOCCA-CARDENAS-BASZ "Lecciones de Derecho Internacional Privado", Parte General.Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, Tercera Edición, 2003; FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. "Derecho Internacional Privado. Parte especial". Editorial Universidad. 2000.

[3] Ver entre muchos otros las obras de ASSER,T. "Elements de Droit International Privé ou du conflict des lois", París. Arthur Rousseau. 1884; COOK, Warren W. "The Logical and legal base of the conflict of laws"Yale Journal. 1924 – 1933; DICEY, Arthur "Conflicts of law". Sexta edición Londres 1949; FALCONBRIDGE, John "Essays on the conflict of Law". Toronto, 1947, Segunda Edición. "Characterization in the conflict of laws". Law Quarterly Review. 1973; FOELIX, M. "Traite du Droit International Privé ou du conflicts des lois de different nations" París. MARESSCQ, J. ET DUJARDI; HAMILTON,E. y otros "Solución de conflictos de leyes y jurisdiccón en Chile" 1966; MAURY,J. "Regles generales des conflicts de lois", R. des C. Tomo 57, 1936 –III; LORENZEN, Ernest "The conflict of the Law relating to bill and notes". New Heaven, 1919.1856; LOIS LUCAS, Pierre "Conflicts des Méthodes en Matiere des conficts des lois", Clunet, 1954; ROBERTSON, Arthur, "Characterization in the conflicts of law", London, 1940; ROUGUIN, Ernest "Conflicts des suisses en matiere internationales et intercantonale". Lousana y París, 1891; STORY, Joseph "Traite du conflict des lois estrangeres et nationals (Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard of contracts, rights and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgments), 8ª. EDICION , Boston 1841, VANDER ELST, R. "Droit International Privé belge. Conflits de lois", Bruselas, Bruylant, 1983.

[4] Ver dentro de la extensa bibliografía disponible un desarrollo excelente de estos temas en FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto "Curso de Derecho Internacional Privado", Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1993.

[5] Entre la extensa bibliografía puede verse un análisis más profundo FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "Derecho Internacional Privado", Volumen 18 de la Colección dirigida por los Doctores Roberto M. López Cabana y Atilio Aníbal Alterini sobre Reforma al Código Civil. Abeledo Perrot, 1994. FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. ""El Orden Público Internacional: una mirada

desde el derecho internacional privado contemporáneo. Libro Homenaje al Doctor Alberto Bueres. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 2002.

[6] FERNANDEZ ROZAS, J y SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Curso de Derecho Internacional Privado”. 1993, Civitas, Madrid, España.

[7] Ver SAVIGNY, Federico C. de “Sistema de Derecho Romano Actual”, Madrid, 1879

[8] Con acierto, la evolución doctrinaria posterior advirtió que puede ser necesaria la recurrencia al remedio del orden público aun con relación a la penetración de leyes procedentes de Estados pertenecientes a una misma “civilización”. Ver un desarrollo más profundo en la obra citada en nota 2, sobre todo la doctrina J. P. NIBOYET.

[9] Puede verse entre la extensa bibliografía sobre este fallo la nota de María Josefa MENDEZ COSTA, publicado en Jurisprudencia Argentina, 3 de diciembre de 1997, Número 6066, páginas 38/46; de la misma autora “Sobre Divorcio Vincular y Orden Público”, 1997-IV-654-663 y de FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, Capítulo dedicado al Régimen Internacional del Matrimonio, Editorial Universidad, 2000. FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. Colección de análisis jurisprudencial de Derecho Internacional Privado. Editorial La Ley. 2004.

[10] Ver el tema en extenso en FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”. Régimen Internacional de los Contratos. Ed. Universidad. 2000.

[11] Nuestro pensamiento en este último sentido, lo hemos desarrollado con mayor dedicación en nuestra obra “Contratos Internacionales”. La Ley Mercatoria. Tercera Parte. Abeledo Perrot. 1995

[12] A esta cuestión aludíamos cuando al iniciar este trabajo nos referíamos a las reglas del “nuevo orden internacional”.

[13] GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.. FERNÁNDEZ ROZAS, José C., CALVO CARAVACA, Alfonso L.. VIRGOS SORIANO, Miguel. AMORES CONRADI, Miguel A. y Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO en “Derecho Internacional Privado” Parte Especial. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. Eurolex. Madrid, 1993. Los comentarios de estos autores pueden ser consultados en materia de traslados ilícitos de menores cuando abordan en la jurisprudencia española la célebre sentencia del T. S. Sala 1, del 8 de abril de 1975, en el asunto “Bornes c. Fuentes”.

[14] Cabe señalar que en muchas ocasiones el acarreo del niño hacia los propios pagos – así como a cualquier otro – procura ocultar una conducta egoísta encaminada a la protección del mayor y no del menor. Así nos hemos expresado y explayado en oportunidad de nuestros trabajos: “En el nombre del niño”, publicado en Revista Plenario Nº 32, y en “Restitución Internacional de Menores”, Revista de Derecho Procesal Número 1. Editorial Abaco. 1997. Ver la ob. cit. “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”. Editorial Universidad, 2000.

[15] Larousse Ilustrado, 1985.

[16] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “La lex informatica: la insoportable levedad del no ser”, Libro Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky, centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. 2004.

EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE ROMA AL ESPACIO CIBERNETICO POR EL DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. INTRODUCCION

Esta exposición mediante algunas reflexiones busca acercarse al punto de partida para la elaboración de algunas respuestas jurídicas en el área del derecho internacional privado.

No resulta novedoso señalar que con el advenimiento de INTERNET, un fenómeno que trasciende las fronteras estaduales, se ha abierto un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre las que se destacan entre otras, desde la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, los delitos, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria hasta la posibilidad de celebrar mediante esa modalidad tecnólogica variadas transacciones internacionales.

Se ha advertido acertadamente que "...no es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios de comunicación se comuniquen entre un Estado y otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación"[1].

Mas para no pecar de ingenuidad diremos que si bien se describe la era digital como una revolución en el comercio y las comunicaciones mundiales, lo cierto es que actualmente sólo el 2% de la población mundial está en línea. Veamos algunos datos estadísticos fidedignos extraídos de los periódicos. Ellos indican paradójicamente que de 45 millones de sistemas de alojamiento en Internet (los proveedores de servicios que conectan a los usuarios con las redes digitales) en actividad en enero de 1999, el 96% se encontraba en países de alto ingreso con sólo el 16% de la población mundial. Esta disparidad se manifiesta en el hecho de que actualmente en los Estados Unidos de América, donde vive menos del 5% de la población mundial, hay más computadoras que en el resto del mundo, y ese país acoge el 26% de los usuarios de Internet, mientras que Asia meridional, donde se concentra más del 20% de la población mundial, cuenta con menos de un 1% de los usuarios de INTERNET.

Sin embargo, esta distribución de la utilización de este medio está destinado a cambiar, pues se anticipa que el crecimiento más destacado se producirá en los mercados de Asia y América Latina, actualmente subdesarrollados. En Tailandia el índice anual de aumento ha alcanzado el 1000%, mientras que se prevé que China estará a la vanguardia, pues se calcula que sus usuarios aumentarán del 60% anualmente, hasta llegar a los 33 millones hacia 2003, y algunos predicen que, hacia 2005, China superará a los Estados Unidos de América en cantidad de

1 Ver Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico sancionada en 1996 y la guía que la acompañan.

usuarios. Mas cabe observar que los países en desarrollo, no cuentan con los sistemas de pago electrónico necesarios para respaldar las transacciones comerciales electrónicas. Sólo un pequeño porcentaje de la población de los países en desarrollo utiliza tarjetas de crédito, y en varios países está prohibido utilizar tarjetas de crédito para las transacciones en moneda extranjera. Por consiguiente, en esos países muchas empresas utilizan actualmente INTERNET con fines de comercialización y comunicaciones, antes que para realizar transacciones comerciales.

El comercio electrónico abarca actividades de banca electrónica, culturales, de salud, de viajes, de esparcimiento, de información, entre tantas otras, que permite mediante el empleo de una infraestructura electrónica a las más variadas personas, sean humanas o jurídicas, e inclusive a los propios gobiernos, organizaciones educativas, organizaciones no gubernamentales, entre tantas otras, celebrar contrataciones internacionales, dando lugar al nacimiento de relaciones jurídicas que constituyen el objeto de la especial mirada del Derecho Internacional Privado[2].

En efecto, por la propia naturaleza del fenómeno, por su intrínseca internacionalidad, el derecho internacional privado es una de las ramas del derecho, que se presenta como la más comprometida, y por ende una de las más aptas para dar respuesta a algunos interrogantes, tales como la ley aplicable o la jurisdicción competente en esta delicada como relevante materia. Sobre todo, porque debe tenerse conciencia que la invitación a los consumidores para realizar operaciones mediante un sitio web, aumenta considerablemente las probabilidades para que los tribunales extranjeros se consideren competentes, llamados a resolver las eventuales disputas ocasionadas en esa esfera, así como determinar la legislación aplicable a la relación jurídica pertinente.

Paralelamente, como pensamos que el derecho internacional privado puede contribuir a superar la temida anarquía, puede disipar algunas dificultades poniendo cierto orden al caos actual, es que realizamos las siguientes reflexiones que sabemos que invitarán al debate, al intercambio enriquecedor de ideas.

II. ESPACIO CIBERNETICO

El espacio cibernético, más allá del profundo debate acerca de si se trata de un espacio público o un espacio privado, constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Sin embargo, nadie puede ignorar a esta altura de los acontecimientos, que el ciberespacio no es un espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual. Ello en razón que le permite a cualquier persona, sin cortapisas serias, acceder desde una computadora

2 Según una prestigiosa consultora, Jupiter Communications cada uno de los usuarios de la red recibirá, un promedio de más de dos mil mensajes en su correo electrónico durante el año 2001. http://www.telenexo.com.ar.

libremente a la web mediante una red de INTERNET, conéctándose con un proveedor ISP (Internet Service Provider).

Si bien generalmente los usuarios no advierten la superación de las fronteras cuando se introducen en INTERNET; no lo es menos que lo hacen permanentemente; casi imperceptiblemente, así como que los extremos de la relación, el usuario como el proveedor se encuentran ubicados en el espacio territorial. Una página Web si bien se encuentra visiblemente conectada con el lugar donde físicamente se halla el servidor, genera expectativas legítimas por parte de otros derechos estaduales al permitir el acceso de los usuarios de la casi totalidad de los países existentes. Los usuarios, los autores de las páginas, todos los que intervienen en este entorno no desconocen el carácter global de la red lo cual alienta la idea, que casi todos los estados se sientan con derecho de ejercer jurisdicción en un espacio donde casi es técnicamente imposible limitar su acceso.

En los últimos años se ha generalizado el uso del término "comercio electrónico", expresión que se emplea frecuentemente en los medios informativos, en el de los negocios, pasando a formar parte integrante de la terminología contemporánea de las tecnologías de la información. Aquí nos detendremos brevemente.

III. COMERCIO ELECTRONICO

La palabra "comercio" hace referencia a una serie cada vez mayor de actividades que tienen lugar en redes abiertas, tales como compra, venta, comercio, publicidad y transacciones de toda índole entre otras, que fomentan el intercambio de valor entre partes. Cabe citar como ejemplos las subastas, los servicios bancarios y demás servicios financieros, la venta de programas, y un número creciente de sitios que ofrecen una amplia gama de bienes o servicios de consumo, todos ellos en línea. En la actualidad es posible hasta adquirir productos como la música, descargándolos directamente en forma digital en la computadora del consumidor (o en otros dispositivos digitales).

El término “electrónico" alude a la infraestructura mundial de tecnologías y redes de la informática y las telecomunicaciones que permite el procesamiento y la transmisión de datos digitalizados. Las redes operan sobre la base de propósitos definidos de manera específica y están destinadas exclusivamente para los participantes autorizados. Precisamente INTERNET permite que un número potencialmente ilimitado de participantes que quizá no hayan tenido contacto previo se comuniquen y realicen transacciones en una "red abierta", que no exige dispositivos de seguridad.

Finalmente, el “cyberspace”, el ciberespacio, el espacio cibernético aparece *prima facie* caracterizado por la ausencia de fronteras, presentándose como un escenario en el que se desenvuelven relaciones jurídicas de variada índole, que no parecen tener ningún apego a las lineas geográficas estaduales las que provocativamente las superan de manera casi imperceptible. Dicho en otras palabras, no existe aún en este ámbito una autoridad que

administre, controle, regule la red, aspecto particular que para algunos expertos es el que ha impulsado su crecimiento exponencial.

El comercio electrónico plantea problemas en relación con algunas de las nuevas modalidades utilizadas para lograr una oferta y su aceptación en el entorno en línea. Se concede mucha importancia a la claridad y la transparencia de las condiciones contractuales, sobre todo porque en los contratos electrónicos pueden intervenir partes de diferentes lugares del mundo que quizá tengan muy poco contacto entre sí, cuando no ninguno, aparte de sus comunicaciones en línea. Habida cuenta de estas limitaciones, las partes que redactan los contratos y las que los aceptan, suelen tener presentes algunas condiciones, como la exoneración de responsabilidad, la elección del derecho y la jurisdicción, la protección del consumidor, la limitación en materia de responsabilidad y los problemas del derecho local imperativo o también denominadas normas internacionalmente imperativas o leyes de policía.

Este entorno tan atractivo, mas no por ello menos riesgoso, ha provocado la aparición de un tema fundamental que ha dado lugar a una delicada pugna entre quienes polemizan en torno de la legitimidad de los derechos estaduales de regular jurídicamente este espacio y el derecho de los usuarios de emplearlo a su libre albedrío.

IV. CONTRATO CIBERNETICO INTERNACIONAL[3]

Nadie podrá ignorar que el instrumento jurídico contractual, quizás sea el más idóneo, por sus peculiares características para adaptarse a las exigencias del comercio electrónico, a las modalidades propias del vertiginoso mundo de los negocios internacionales. Precisamente, esos negocios internacionales nacen, se desarrollan, se ejecutan, se extinguen dentro del espacio cibernético. Si a ello se le suma el elemento de internacionalidad, estaremos ante una subcategoría para la que si se nos permite acuñaremos un nuevo nombre, que hemos de bautizar bajo la designación de “contrato cibernético internacional”. Esta noción, como es de toda evidencia, no abarca a los contratos cibernéticos domésticos, a los contratos a distancia sin elementos de internacionalidad.

En efecto, si un contrato es concluido vía INTERNET entre personas con domicilio o establecimientos comerciales en distintos estados, en caso que sobrevengan controversias entre ellas, debido a la falta de entrega por el “cybervendedor” o a la falta de pago por el “cybercomprador”, o bien por el “cyberproveedor” o por el “cyberconsumidor”, la parte que entiende haber cumplido habrá de plantearse ante qué jurisdicción entablará el litigio. Simétricamente, puede interrogarse si se ha formado el consentimiento, si se ha perfeccionado el contrato internacional en el “cyberespacio”, y en su caso, en qué lugar y en qué momento.

Cabe señalar que los contratos efectuados on line, generalmente se refieren sea a la adquisición de software para computación, libros, discos, u otros productos, que se envían, se pagan por las

vías tradicionales, así como adquisición de productos digitalizados, como software para computación, que son recibidos por INTERNET, contratos de servicios, contratos de licencia, entre otros posibles. En la celebración de los contratos on line, se emplea lo que se denomina el "clik wrap agreement". Se trata de una modalidad en el que el acuerdo se expresa mediante la pulsación o cliqueo del mouse o ratón de la computadora; dicho en otros términos, cuando el internauta desea ingresar a un sitio, a un web site se le presenta un texto, un "dialogue box" que contiene una lista de condiciones generales (terms and conditions, usage agreement) donde aparecen la opción de aceptar o no por su parte.

Mas estas cláusulas, para nada ingenuas, encierran la posibilidad que con un simple cliqueo, una sencilla pulsación de una tecla se produzca el consentimiento del acto jurídico en cuestión, en este caso del contrato celebrado on line, del contrato cibernético internacional.

V. CONTRATO INTERNACIONAL

Si bien es cierto que resulta fácil captar cuándo un contrato es nacional, entendiéndolo como aquél en que todos los elementos tienen contacto jurídico con un único ordenamiento jurídico, no sucede lo mismo cuando se trata de definir al contrato internacional. Algunos han entendido encontrarse ante un verdadero dilema[4].

Sin embargo, antes de ahora lo hemos definido como aquél que en su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un sistema jurídico determinado[5].

Precisamente, entre los elementos de internacionalidad aplicables en esta peculiar esfera, podemos citar, entre otros,; el lugar de donde parte la oferta, el lugar donde la oferta es aceptada, la ley elegida por las partes, el tribunal competente elegido para resolver las disputas , el domicilio o el establecimiento comercial de las partes intervinientes entre tantos otros criterios de conexión posibles. Desde nuestro país se puede obtener una dirección electrónica en otro estado, lo cual hará que el domicilio real, sea distinto del domicilio virtual, de tal modo que bajo tales circunstancias, la mentada internacionalidad de la relación jurídica dependerá principalmente del domicilio del oferente y del producto objeto de la transacción. A su turno, quizás sea prudente observar que cuando se trata de bienes intangibles enviados a través de la red, generalmente el software se descarga en un territorio físico diverso al territorio desde el que fue enviado.

En este último aspecto habrá que reconocer que los criterios de lugar donde el contrato fue celebrado, el lugar de ejecución del contrato no son fácilmente ubicables, así como la cuestión de la ley elegida según la autonomía de la voluntad de las partes, parecen merecer ciertas

---

3 Ver nuestro trabajo "El contrato cibernético internacional", en la obra colectiva Libro Homenaje al Doctor Roberto López Cabana, Editorial Abeledo Perrot, 2001. También publicado en http://www.mundojuridico.adv.br.

4 DELAUME, George "What is an International Contract ?: An American and Gallic Dilemma". International and Comparative Law Quarterly, Vol. 28, p. 259/279, April 1979.

consideraciones especiales. Mas esa oportunidad queremos detenernos en el aspecto de la internacionalidad en virtud del domicilio, que desde ya nos atrevemos calificar como domicilio virtual. De eso se trata este trabajo.

VI. REALIZACIONES EN MATERIA DE ARMONIZACION LEGISLATIVA

Sabido es que en una primera iniciativa para introducir seguridad respecto del entorno jurídico de los contratos electrónicos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) creó una Ley Modelo sobre comercio electrónico en 1996. Se establece en el preámbulo de la Ley Modelo, la CNUDMI que "un número creciente de transacciones comerciales nacionales e internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel". La oferta realizada por una parte y la aceptación de esa oferta por la otra parte es necesaria para la formación de un contrato. En este sentido, la Ley Modelo establece en el artículo 11 que: "En la concertación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos".

En cuanto a las formalidades contractuales y probatorias, existe el creciente consenso de que, hasta que las comunicaciones electrónicas cuenten con un grado suficiente de seguridad, durabilidad e integridad respecto de su contenido, no se exigirá una forma o un procedimiento formal en particular para garantizar su efectividad a los fines para los que se creó.

La Ley Modelo establece que "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta" respecto del requisito de la firma, basta con que el método empleado en una comunicación electrónica para identificar a una persona e indicar que ha aprobado la información contenida en el mensaje sea "tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente".

Los usuarios pueden acceder a INTERNET prácticamente desde cualquier lugar de la tierra. Debido a la tecnología de conmutación de paquetes y el complejo entramado de las redes digitales y la infraestructura de las telecomunicaciones, la información digitalizada puede viajar a través de diversos países y jurisdicciones, cada uno con su propio sistema jurídico, para alcanzar su destino.

Por tal motivo parece de suma prudencia preguntarse, si el “cyberespacio” es o no un territorio sin dueño, un espacio sin ley, un lugar sin lugar. Desde nuestra mirada, a pesar de ser conscientes de

---

5 FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado. Volumen 18, Abeledo Perrot, 1994; “Jurisdicción Internacional en materia contractual”, Volumen 4 de “Sistema Jurídico del Mercosur”, Abeledo

las implicancias jurídicas que desatan esta afirmación, estamos convencidos que la comunicación electrónica tiene la misma naturaleza y por ende está sujeta a los mismos límites legales que toda comunicación.

VII. LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En junio de 1997, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocó una Comisión Especial para estudiar la jurisdicción internacional y los efectos de las decisiones de los tribunales extranjeros sobre cuestiones civiles y comerciales. En el marco de una serie de reuniones, la Comisión Especial ha elaborado un Convenio sobre competencia judicial y resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, cuyos objetivos son : en primer lugar, armonizar las normas jurídicas y limitar los lugares donde puede entablarse acciones judiciales a un número reducido, acotado de tribunales evitando así una multiplicidad innecesaria de procedimientos así como posibles decisiones judiciales contradictorias; y, en segundo lugar, simplificar , agilizar el reconocimiento y el cumplimiento de las decisiones judiciales.

VIII. JURISDICCION COMPETENTE Y LEY APLICABLE

En un caso en el que interviene un elemento extranjero, un elemento de internacionalidad el primer paso del tribunal será decidir si es competente o no para conocer del caso. Coincidentemente tanto el Convenio de La Haya como el Reglamento de la Unión Europea contienen disposiciones encaminadas a armonizar las reglas sobre este punto.

El Convenio de La Haya divide los criterios que fundamenta la competencia jurisdiccional en tres categorías:

- Causas obligatorias de competencia jurisdiccional, que pasarían a incorporarse al derecho interno como resultado de su ratificación;
- Causas que prohíben la competencia jurisdiccional; y
- Causas autorizadas de competencia jurisdiccional en virtud del derecho interno, pero sometidas a la condición de que las decisiones judiciales basadas en esos motivos sean ejecutorias únicamente en virtud del derecho interno y no del Convenio.

Dentro de la primera categoría, el artículo 3 contiene, como cuestión de jurisdicción general, la disposición de que el presunto responsable puede ser demandado judicialmente en el Estado en que resida habitualmente. La jurisdicción es general en el sentido de que el tribunal está autorizado a ocuparse de todas las demandas que haya contra el demandado, con independencia de su naturaleza. Desde ya advertimos que este concepto se aproxima al enfoque adoptado por el Convenio de Bruselas, pero se diferencia en que el vínculo pertinente no es el "domicilio" sino la "residencia habitual" del demandado.

Asimismo cabe señalar que el artículo 18.2 e), excluye de forma expresa la posibilidad de asumir la jurisdicción general del derecho interno de un Estado Contratante por la mera razón de "realizar

---

Perrot, 1995 y “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, pág. 343, Editorial Universidad. 2000.

actividades comerciales o de otra índole", pero permite una jurisdicción especial o específica de conformidad con el derecho interno si la controversia está "directamente relacionada" con esas actividades. En ese caso, la jurisdicción general sólo sería admisible cuando a las actividades comerciales o de otra naturaleza venga a sumarse el hecho de que el demandado reside habitualmente en el Estado del fuero.

A su turno en el Reglamento de la Comisión Europea se divide en jurisdicción general y normas jurídicas que se aplican en relación con áreas específicas cuando se demanda una persona de un Estado miembro ante los tribunales de otro Estado miembro (por ejemplo, contratos entre consumidores, contratos de trabajo y jurisdicción exclusiva). Cabe observar que el artículo 2 establece la norma de jurisdicción general de que las personas "domiciliadas" en un Estado contratante "estarán sometidas (…) a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado". Esta es la regla de base.

IX. CONTROVERSIAS EN RELACIÓN CON CONTRATOS EN LOS QUE NO HA HABIDO ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

El Convenio de La Haya y el Reglamento de la Comisión Europea, en relación con controversias derivadas de relaciones contractuales en las que las partes no hayan establecido el derecho aplicable para resolver sus diferencias.

El primero de los instrumentos internacionales nombrados dispone que, puede presentarse una demanda ante los tribunales del Estado en el que se hubiesen entregado o prestado, parcial o totalmente, los bienes o servicios o, en asuntos relativos tanto a bienes como a servicios, en el lugar en el que se hubiese cumplido la obligación principal, parcial o totalmente. El otro, el Reglamento prevé, de manera similar, que, en lo que a contratos se refiere, una persona de un Estado miembro puede ser demandada en otro Estado miembro en los tribunales "del lugar de cumplimiento de la obligación particular". El "lugar de cumplimiento", respecto de los bienes o los servicios, se define, respectivamente, como el lugar en el que, en virtud del contrato, éstos se entregan o prestan (o deberían haberse entregado o prestado).

X. DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

En los contratos en los que intervienen los consumidores, ambos instrumentos conceden importancia a las prerrogativas del consumidor, como parte que merece un trato especial.

En el Convenio de La Haya se establece que un consumidor puede interponer una demanda ante los tribunales del Estado en el que reside habitualmente, si la demanda del consumidor se refiere a actividades comerciales o profesionales que el demandado ha llevado a cabo en ese Estado, o dirigido a él, en particular respecto del ofrecimiento de servicios mediante la publicidad.

El consumidor también tendría libertad para entablar un procedimiento judicial en el lugar en el que la empresa "reside habitualmente", vale decir que la demanda contra un consumidor sólo

puede presentarse ante los tribunales del Estado en el que dicho consumidor reside habitualmente.

El Reglamento coincide en este punto, siempre que:

- El consumidor pueda entablar una acción contra la otra parte del contrato en los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliada esa parte o en los tribunales del lugar en que esté domiciliado el consumidor y
- Pueda entablarse un procedimiento judicial contra el consumidor exclusivamente en los tribunales del lugar en el que éste domiciliado.

El artículo 16 del Convenio de Roma, dentro del ámbito de la Unión Europea establece con carácter general que la designación del derecho por las partes puede excluirse sólo cuando su aplicación "sea manifiestamente incompatible con el orden público del fuero". Sin embargo, de manera parecida a las limitaciones de las disposiciones del Reglamento de la Unión Europea sobre la competencia y el derecho aplicable, la libertad de contrato está restringida, en particular en los contratos en los que participan los consumidores. Con un especial énfasis en la protección del débil jurídico, el artículo 5 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, "la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual".

XII. EVOLUCION HISTORICA DE LA NOCION DE DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACINAL PRIVADO

Adentrándonos en el tema central de este trabajo, cabe recordar que la voz “domicilio” designa el lugar donde una persona ha establecido su hogar doméstico y centralizado el conjunto de sus intereses. Domicilio, desde su sentido etimológico, deriva de *domus*, la casa y de *colere*, habitar, es decir, significa el lugar de nuestra predilección, el centro de nuestros afectos y de nuestros intereses. A su turno, la palabra indica el asiento de la persona, de forma tal que es el “asiento jurídico de la persona, el lugar donde la ley supone que se le encontrará siempre y para todos los efectos legales”[6].

La evolución histórica demuestra que la concepción del domicilio aparece con la conjunción de los elementos: el *animus* y el *factum*. Del derecho romano se derivan dos nociones que antes de la Constitución de Caracalla tenían un significado y alcance diverso: el *origo* y el *domicilium*. El primero resultaba atributivo de la ley aplicable y el segundo era atributivo de jurisdicción, de forma que las nociones estaban claramente diferenciadas. El último, el *domicilium*, integrado por los elementos antes mencionados, determinaba la jurisdicción competente, ya que debido a la posibilidad del actor de elegir entre el lugar del *origo* o el *domicilium* para demandar, razones de índole práctica incidieron para que los accionantes se inclinaran por dirigirse al foro del domicilio, que resultó el criterio regulador triunfante para la determinación de la jurisdicción competente. A su

6 SALVAT, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Parte General, 10ª. Edición, 1955.

turno, servía excepcionalmente para determinar la ley aplicable cuando una persona carecía de origo en Roma, como el extranjero. Con la célebre Constitución de Caracalla, todos los habitantes de las ciudades gozaron de por lo menos de un *origo* o derecho de ciudad, el de la ciudad de Roma. Estas nociones, aunque confundidas, irrumpen en la Edad Media. Durante el período estatutario, básicamente el domicilio ya no es exclusivamente atributivo de jurisdicción sino también de ley aplicable, erigiéndose en criterio rector en materia de estatuto personal. Sobre todo, el aspecto subjetivo o el animus, lo cual le hizo decir al famoso autor de la Escuela estatutaria francesa del siglo XVI: " ...Ni Ulises estuvo sin domicilio los doce años que estuvo vagando, mientras pensó en Itaca[7].

En la actualidad en el campo del derecho internacional privado, la tendencia es hacia la aceptación creciente de la concepción objetiva. Dicho de otro modo, la residencia habitual de la persona se erige en una circunstancia significativa para la constitución de domicilio. En este sentido, no puede obviarse la cita de la obra codificadora a nivel continental de Montevideo, que logra sintetizar con meridiana claridad, luego de calificar qué se entiende por "domicilio", se establecen las circunstancias que lo causan en el célebre artículo 5 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940[8].

XIII. DOMICILIO VIRTUAL

La aparición de INTERNET en el mundo de los negocios internacionales incide en el concepto mismo de domicilio o residencia. Ello por cuanto se pueden llegar a ver sustancialmente alterados por la noción de domicilio virtual, dado que la ubicación de las partes en distintos territorios, estarían indicando tal lugar, a pesar que tal ubicación escogida para obtener la identificación en INTERNET no tiene que necesariamente coincidir con el lugar donde están las partes domiciliadas. Desde nuestro país se puede obtener una dirección electrónica en otro estado, lo cual hará que el domicilio real, sea distinto del domicilio virtual; de modo que bajo tales circunstancias, la mentada internacionalidad de la relación jurídica dependerá principalmente del domicilio del oferente y del producto objeto de la transacción.

Esta noción ha empezado a cobrar impulso recientemente, por ello la doctrina extranjera ha destacado acertadamente, entre otros aspectos que "...el tema de las notificaciones procesales está vinculado con el domicilio y sus distintas clases, siendo el domicilio el centro de recepción o envío de comunicaciones. Es esencial que se establezcan disposiciones sobre el domicilio virtual para que las notificaciones informáticas puedan tener una eficacia adecuada. El domicilio virtual

7 Ver Biocca, Cárdenas, Basz "Lecciones de Derecho Internacional Privado", Parte General, Editorial Universidad, Edición de 1997.

8 Ver para un desarrollo más profundizado de FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "Derecho Internacional Privado", Editorial Univesidad, 2001.

estaría conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia habitual en la red de INTERNET de la persona”[9].

El desarrollo más notable tuvo lugar en Alemania cuando se reconoce judicialmente la violación del domicilio virtual al afirmarse que “...el propietario de un espacio de tipo de Chat Room puede defenderse contra la violación de su domicilio virtual y excluir al agresor, por medio de un recurso judicial “.

Se trata de un concepto, que si bien fue introducido originalmente en Francia en el *affaire Brel* (TGI Paris, référé, 14 de agosto de 1996), tuvo como un desarrollo espectacular, si bien sobre sobre bases distintas, por la Corte de Apelaciones de Colonia, Alemania el 25 de agosto de 2000. El mérito de la sentencia es el reconocer la responsabilidad del agresor por la violación del domicilio virtual, destacando el interés de la justicia de resolver, dentro del cuadro de la legislación tradicional, los litigios producidos en línea. Nos complace descubrir que no estábamos tan lejos de ese camino en oportunidades anteriores sobre el tema cuando señalamos que el ciberespacio, que el espacio cibernético no está fuera del derecho, no es tierra de nadie, no es un lugar sin ley[10].

Habrá que indagar sobre cuál domicilio virtual, el del proveedor o el del usuario en el contrato cibernético internacional tiene suficiente virtualidad como para erigirse en el criterio regulador por excelencia en materia de jurisdicción o de determinación de ley aplicable. Habrá que discernir si conviene o no, aceptar la teoría de la prestación más característica que puede conducir a la aplicación, en una de sus vertientes, de la ley del domicilio virtual del prestador más característico del contrato[11].

XIV. CONCLUSIONES

- Creemos que el comercio electrónico determina la necesidad de emplear, entre otros, al domicilio como criterio atributivo de ley aplicable y de jurisdicción competente. Estamos persuadidos que a pesar de tratarse de un fenómeno reciente precisa, de la tradición, del prestigio, del desarrollo alcanzado por criterios reguladores como el domicilio.
- Consideramos que se trata de un punto de conexión, tan caro y familiar para los países de esta parte de América, que por sus intrínsecos beneficios, podrá ser válidamente empleado.
- Propiciamos el reconocimiento de una especial denominación, la de domicilio virtual como criterio rector en la regulación de algunos aspectos de los contratos cibernéticos internacionales.

---

9 Núñez Ponce, Julio. Catedrático de Derecho Informático en la Universidad de Lima (Perú). IMPLICANCIAS JURIDICAS DE LA NOTIFICACION ENVIADA POR MEDIOS INFORMATICOS Y EL DOMICILIO VIRTUAL”. http: www.Vlex. com.

10 FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L., Capítulo sobre: “EL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL: Una mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo”en Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres en ocasión de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de septiembre de 2001.

11 Ver FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, Editorial Universidad, 2000.

INTERNET Y PORNOGRAFIA INFANTIL: UNA PAREJA ALEJADA?

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. DERECHO E INTERNET: CYBERSPACE?

El espacio cibernético, constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Sin embargo, nadie puede ignorar que el ciberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual; lo es en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web. Ello no contribuye a que los tradicionales criterios jurídicos atributivos de jurisdicción y de ley aplicable elaborados por los derechos estaduales, en forma individual y en forma conjunta, sean sin más extrapolados a dicho especial, apasionante, pero no por ello menos peligroso contexto.

II. CARACTERISTICAS

. **Inexistencia de autoridad central de control**: No existe aún en este ámbito una autoridad que administre, controle, regule la red.Este particular aspecto es el que para algunos entendidos ha sido el que ha impulsado su crecimiento exponencial.

. **Acceso global a la red**: Estar conectado implica estar conectado a un conjunto de ordenadores que conforman la red dándose una conexión de lo que ha dado en llamarse “todos contra todos” que permite el acceso a la información reunida desde cualquier punto del planeta.

Empleo de los medios existentes: La red ha aprovechado para su expansión las líneas telefónicas, así como las redes de televisión por cable fomentando la uniformidad de los protocolos de comunicación.

III. DERECHO E INTERNET

Se puede pensar seriamente en sujetar a las jurisdicciones estatales un fenómeno como la NET, que ha sido diseñada precisamente, para trabajar sobre bases de lógica, no geográficas, para lograr la mayor independencia de las ubicaciones físicas? Sobre este tema cabe que reflexionemos seguidamente.

Por lo menos una primera aproximación nos permite vislumbrar que no se está, que no se trata de una empresa sencilla, donde el objeto resulta si no inasible, por lo menos sensiblemente intangible, resbaladizo, huidizo?. Así se han intentado dos líneas de pensamiento:

Tesis negatoria: INTERNET no es multijurisdiccional, sino ajurisdiccional

. **Tesis afirmatoria**: El espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, merece ser jurídicamente reglado. En efecto, si bien a primera vista el “cyberspace”, el espacio cibernético

aparece caracterizado por la ausencia de fronteras, se presenta como un escenario en el que se desenvuelven relaciones jurídicas de variada índole, que no parecen tener ningún apego a las líneas geográficas estatales, que las superan casi imperceptiblemente, no es menos cierto que estamos convencidos de la legitimidad de los derechos estaduales para dictar y aplicar reglas en esa esfera.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INTERNET

INTERNET está caracterizada por permitir la realización de transacciones entre personas que no conocen, mejor dicho desconocen la real ubicación de la otra parte, de modo tal que también el sistema se presenta en principio como sumamente resistente, casi indiferente a la geografía, a la limitación territorial, a las barreras estaduales, a las fronteras estaduales. Son los propios usuarios del sistema quienes deciden navegar, pasando de un servidor a otro, elegir los contenidos que desean sin permitir ser identificados por su nombre, por su sexo o por su edad. Se trata de un entorno donde el anonimato es la regla, la identificación la excepción.

Mas esta nueva forma de intercambio de información, tiene suficiente virtualidad como para permitir que se difundan a través de sus herramientas, tales como listas de interés, foros de discusión, buscadores, chat, entre otros, contenidos en formato de texto, imagen y/o sonido que puedan afectar seriamente a los niños. Dicho en otras palabras se trata de un soporte ideal en el que circulan contenidos de variada índole sean lícitos, inofensivos, inocuos así como aquellos ilícitos, nocivos. De qué manera podremos los internautas conciliar la libertad de expresión con la protección de los niños? Cómo puede lograr la armonía en tan delicada cuestión?

Habremos de plantearnos si resultan válidos los criterios de conexión tradicionales empleados por el derecho internacional privado tales como el domicilio, la residencia, el establecimiento del demandado, el lugar donde se produce el daño, el lugar de ejecución de la prestación característica del contrato, el lugar donde se comete el ilícito o bien, precisarán ser adaptados, ser remozados para su aplicación en el espacio virtual. Cuál territorio, donde comenzó a realizarse la acción, donde se consuma o donde se producen los daños?

Precisamente este trabajo aborda la pornografía como uno de los contenidos obscenos que se vehiculizan vía INTERNET y la posibilidad de regulación por parte de los derechos estaduales. Dentro de ese amplio espectro, dentro de ese abanico de posibilidades abiertas a la reflexión del jurista, en este trabajo abordamos la legitimidad de los derechos estaduales para controlar, para reglar como uno de los contenidos obscenos que se vehiculizan vía INTERNET, a la pornografía infantil.

La pornografía, según lo entiende el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el carácter obsceno de obras literarias o artísticas. La pornografía como contenido puede no afectar a los mayores de edad, pero aunque no cabe dudas que ello depende de las variables culturales, sociales, morales, de una sociedad en un tiempo y espacio dado, afecta a los niños de mayores permisivos, confiados, indiferentes.

Sin embargo, cabe realizar una primera observación que demuestra que por un lado, la propia naturaleza de la web, vale decir la marcada resistencia del medio a su aprehensión, y por el otro, la dificultad por parte del que difunde contenidos obscenos de identificar a quien accede a ellos, quien recibe un email, o quien baja un determinado archivo, o visita una página, conspiran contra una regulación ajustada, un control equilibrado,

V. DISTINTAS TENTATIVAS

Uno de los primeros signos por parte de los derechos estaduales encaminados a controlar los contenidos pornográficos fue la de modificar las normas adaptándolas a las características del espacio virtual. En la mayoría de los casos se encerraba en la noción de publicaciones, la circulación de los contenidos vía INTERNET.

Otro de los intentos, se dio cuando en 1996 se aprueba en Estados Unidos una ley que sanciona al que transmitiere contenidos obscenos o indecentes a menores. Luego del gran debate abierto debido a que se entendía que ella vulneraba la libertad de expresión garantizada por la primera enmienda constitucional, al poco tiempo la Corte Suprema de los Estados Unidos le dio la razón a los que así pensaban, declarando su inconstitucionalidad. Se dijo que "Internet no es tan penetrante como la radio o la televisión" y que "las comunicaciones que emplean esta vía no invaden el hogar de una persona o aparecen en la pantalla de su monitor espontáneamente"[1].

La Children´s on line Protection Act de 1998, corrió por idénticos motivos la misma suerte que su efímera antecesora.

Quienes aducen la imposibilidad de tipificar como delito penal la pornografía infantil en el entorno cibernético sostienen que:

- Que no pueden ser estandarizadas las pautas morales provenientes de un derecho estadual las que pueden variar de uno a otro.
- Que el contenido no es expuesto a los niños, sino que aquél está alojado en un servidor, es enviado a través de un correo electrónico, sin poder identificarse ni quien lo recibe, y menos aún, conocer su edad.
- Que los niños no son los únicos que acceden a INTERNET y si se censuran los contenidos, se vulneran la libertad de expresión de los mayores.

Desde ya no podemos contener nuestra discrepancia con esta línea de pensamiento, toda vez que pensamos que sí se puede, es más se deben establecer reglas de convivencia en el ciberespacio, porque se trata de la regulación propia de cualquier otro medio creado por el hombre, que para servirle precisa ser acotado, ser contenido por el derecho.

Otra manera pensada para controlar los contenidos perniciosos para los niños es el sistema de los filtros. Con su empleo se busca evitar que el usuario acceda a determinado contenido mediante el previo bloqueo realizado por los padres, por los tutores o por los mayores encargados del cuidado de los menores.

[1] Reno Attorney General of the United States, American Civil Liberties Union, 26 de junio de 1997

Se trata de un sistema que clasifica los contenidos, utilizando juicios de valor o de valores para categorizar las páginas web, tal como los PICS[2]. El software de filtrado ante el pedido de información por parte del usuario examina el recurso solicitado y si aquél se encuentra dentro de los no permitidos o no se encuentra dentro de la clasificación de los PICS considerados adecuados, el acceso resulta denegado. Esta modalidad necesita, y ello no es fácil de lograr, de padres dedicados, preocupados por sus hijos.

También se ha dado lo que puede denominarse como una autoclasificación, que es aquella emanada de los propios proveedores que son quienes autoetiquetan, evalúan sus contenidos e incluyen la clasificación de los PICS, así como la clasificación por parte de terceras personas interesadas, quienes se encargan precisamente de evaluar páginas y publicarlas en INTERNET. Así, entre otros ejemplos, la Fundación Bertelsmann en cooperación con el grupo INCORE[3], recomiendan el empleo de sistemas de filtrado. En igual dirección, la Decisión N° 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del

25 de enero de 1999, aprueba dentro de un plan que abarca varios años, la necesidad de propiciar una mayor seguridad en el empleo de INTERNET mediante la lucha contra contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, alentando al sector para que emplee el sistema de filtros, el sistema de clasificación que permitan a los mayores preseleccionar los contenidos que estiman apropiados para la educación de los niños. En suma se trata de un sistema, un mecanismo técnico que procura evitar el acceso a algunos contenidos, limitando las posibilidades de ciertos usuarios que pueden verse seriamente dañados de así no hacerlo.

Como podrá advertir nuestro lector, muchos han entendido con bastante escepticismo que este sistema encierra un acto de censura y que a mayor abundamiento en ocasiones hasta puede significar la creación de un registro de páginas que atente contra la libre circulación en el espacio virtual. Esto último también ocurre cuando se emplea el autoetiquetado que también puede encerrar un registro encubierto basado en criterios subjetivos de los propios proveedores de servicios. Vale decir, como vemos no se cuestiona tanto el filtrado, sino lo que parece que se cuestiona es la aptitud de quien clasifica los contenidos, y la posibilidad que unos pocos estandirecen las pautas morales dentro de un entorno tan extenso, tan abarcador. También la rica imaginación humana que ha creado este medio de comunicación masiva como es INTERNET, ha impuesto el empleo de códigos de conducta mediante los cuales se anoticia a los usuarios de las características de una determinada página y de los riesgos que pueden llegar a ocurrirse si persevera en acceder a ellas.

Otra modalidad para frenar la divulgación de contenidos nocivos para los niños, es mediante la atribución de responsabilidad a los proveedores de acceso, de contenidos y de servicios de INTERNET.

---

[2] Plataforma para la Selección de contenidos en Internet.

[3] INTERNET CONTENT RAITING FOR EUROPE, Munich, 1999.

Se ha equiparado al proveedor con el editor en las publicaciones literarias. Pero la mayor dificultad que atrapa a quien quiere defender a los niños en esta delicada materia es que los derechos estaduales difieren en cuanto al tratamiento, en cuanto a la tipificación de las conductas mencionadas. Por tal motivo, todo parece indicar que los esfuerzos individuales ceden el paso a los esfuerzos mancomunados por parte de los Estados. Se ha entendido con} acierto, que la lucha contra el uso indebido en la red debe ser encarado de manera conjunta mediante la asistencia y cooperación internacional. No sólo compartimos sino que propiciamos esta línea de pensamiento.

Dentro del espacio integrado de la Unión Europea parece no descansarse en esta dirección, ya que el 29 de mayo del 2000, se promulgó la Decisión del Consejo que establece una serie de medidas dirigidas a los proveedores de servicios, para el conocimiento y posterior control por las autoridades competentes, para evitar la difusión de aquellos contenidos que resultan ilícitos.

Esta disposición establece que los propios proveedores de servicios deberán informar a las entidades acerca del material de pornografía infantil del que tengan conocimiento. No es mucho pero es algo.

Mediante la Directiva 2000/31/CE también del Parlamento Europeo sobre Comercio Electrónico se ha establecido en el artículo 12 que: ”Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información, que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

a) No haya originado él mismo la transmisión;

b) No seleccione al destinatario de la transmisión; y

c) No selecione ni modifique los datos transmitidos...”.

Más específicamente cuando en el artículo 4 se dispone que: “... Los Estados garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable a petición del destinatario, a condición de que: “...El prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, éste no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible...”.

Pero no podemos dejar de mencionar uno de los esfuerzos más notables realizados en los últimos tiempos es el Proyecto de Convención sobre el Cibercrimen del Parlamento Europeo del 2 de octubre de 2000, que entraría en vigor para el año 2002, el que aspira básicamente a que los Estados encuentren el consenso, se llegue a una concertación sobre la calificación de lo que se entiende por pornografía infantil. Tarea que no es fácil pero que también es un buen inicio en el camino correcto.

VI. CONCLUSIONES

- Se puede pensar en sujetar a las jurisdicciones estatales un fenómeno como INTERNET, a pesar de que no puede ignorarse que ella ha sido diseñada precisamente, para trabajar sobre bases de lógica, no geográficas, para lograr la mayor independencia de las ubicaciones físicas[4].
- Se puede afirmar que INTERNET no es ajurisdiccional, sino quizás multijurisdiccional. El espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, merece ser jurídicamente reglado.
- Se pueden lograr resultados exitosos empleando muchas técnicas, sean ellas las que parten de la autoregulación, las que confían en terceras personas para hacerlo, pero según nosotros lo vemos la regulación mancomunada, los esfuerzos conjuntos de armonización legislativa, de cooperación internacional, se nos presenta dentro del abanico de posibilidades abiertas, como una de las vías más aptas para lograr que prime el equilibrio, no el descontrol, no la anarquía en la red.
- No. Contestando a la propuesta que encierra el título de este trabajo, definitivamente no se trata de una pareja alejada, sino una pareja que puede llevarse bien, que puede vivir en el mismo espacio.

[4] Esto lo hemos repetido incansablemente en todos nuestros trabajos, porque pensamos que la protección de los niños es una finalidad que no admite vacilaciones.

INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD: UN AVANCE DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

Parece que en el ciberespacio no hay fronteras, tampoco aduanas. Es un espacio que el hombre ha creado pero que se le torna casi inasible, huidizo. Si bien es cierto que percibimos este fenómeno como una innovación tecnológica que marca el milenio no lo es menos que esta creación se encuentra concebida para moverse sigilosamente entre lo fascinante como fantasmagórico, con suficiente entidad para jugar a escaparse del mundo jurídico el que en ocasiones parece encontrarse a su merced. Por nuestra parte, sin pretender pontificar, pensamos que esta suerte de microcosmos digital, esta inicial utopía ácrata, como toda obra humana perfectible precisa de los límites, de las reglas que marcan los derechos estaduales[1]. Porque claro, se repite aquello del contrato social por el que se dejó atrás el estado de naturaleza donde el hombre poseía una ilimitada, aunque insegura libertad, para acceder a una libertad acotada pero protegida y garantizada por la autoridad y las leyes[2]. Sin embargo, en la actualidad el derecho no puede inmovilizarse sino que imperiosamente habrá de adaptarse a las exigencias de una realidad tecnológica arrolladora, avasallante que lo conmueve en sus mismas cimientes. Conceptos, paradigmas, normas arcaicas deberán adaptarse porque ya no se compadecen con una vorágine de vertiginosas transacciones que se concretan en el escenario internacional al amparo de un simple movimiento dáctil operado desde una computadora por un usuario quizá situado en el otro extremo del mundo. Usuarios que más o menos desprevenidos sean consumidores o empresas que coadyuvan para construir un entorno en el que fluyen los servicios, los capitales, las mercaderías en un invisible, casi imperceptible devenir. Mas cuando el hombre se inserta en esa suerte de mercado virtual habrá de asumir que inexorablemente se balanceará entre lo que él cree conocer y lo que sabemos que desconoce, entre la libertad y la inseguridad, entre las luces y las sombras de un territorio ciertamente atípico, casi indiferente a las soberanías. En este aspecto, y no somos originales cuando decimos que Internet ha cambiado al derecho en general, y al derecho internacional en especial en la medida que potencialmente puede generar, y

[1] Véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Internet: Un Golem de la Postmodernidad", Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

[2] Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., "Internet navegaciones y abordajes", en *La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, p. 14-15.

ello no es un tema menor, la alteración de ciertas categorías jurídicas que claman por su adaptación.

Así como que a nadie parece habérsele ocurrido que invenciones tales como el teléfono, la radio, la televisión se hayan convertido en fenómenos ajurídicos por haber logrado la comunicación de las personas, tampoco parece verosímil, contrastable que precisamente sea Internet la que logre desprenderse de las reglas, de las normas que los propios hombres han creado, y seguramente seguirán creando, en su pretensión de pacífica convivencia.

En esta oportunidad, a fin de analizar un caso reciente de nuestra jurisprudencia, realizaremos algunas apreciaciones sobre la particular relación entre Internet y Derecho, en especial desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

II. INTERNET Y DERECHO

Muchas son las cuestiones de índole jurídica que suscita este fenómeno apasionante. Es más no logramos pensar en un espacio jurídico que no se encuentre involucrado con este mundo, con esta civilización de la información. Entre ellas, podemos mencionar las relativas a la publicidad en Internet, la ley aplicable al contrato y al documento electrónico, la jurisdicción competente, la validez de la firma digital y del dinero electrónico, los delitos informáticos, la falta de seguridad en la red, los alcances de la libertad de expresión en el ciberespacio, la protección de los datos personales y las consecuencias de la violación al derecho a la intimidad, como en el caso que estudiaremos, la transgresión de los derechos de los consumidores y usuarios, la piratería (violación al derecho de propiedad intelectual), el pago de impuestos y aranceles en el comercio electrónico y las consiguientes infracciones impositivas, la vulneración de principios fundacionales del Derecho Laboral a través del llamado teletrabajo, la responsabilidad extracontractual... y la lista continúa.

Como podemos apreciar todas las ramas del Derecho están implicadas y por ello son convocadas para dar solución a tales conflictos. Sin embargo, en general, el ordenamiento jurídico ha permanecido en una actitud pasiva, desconcertado, atónito, desorientado ante tan inquietante y fascinante fenómeno, fuente de los más interesantes beneficios, y de los más temibles riesgos.

En efecto, el Derecho Argentino hasta el momento se encuentra en este estado de desconcierto. Ello es cierto a pesar que el 14 de diciembre de 2001 se sancionó la Ley de Firma Digital. Sin embargo, no pueden soslayarse las iniciativas, las respuestas, las reacciones que han tenido otros ordenamientos jurídicos nacionales, como así también la Unión Europea, principalmente a través de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 y la labor de organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC),[3] la Organización para la Cooperación y el

[3] El 20 de mayo de 1998 la Organización Mundial del Comercio (OMC) adoptó la Declaración sobre el comercio electrónico mundial en el Segundo Período de Sesiones de la Conferencia ministerial celebrada en Ginebra, 18 y 20 de mayo de 1998, por la cual se reconocieron expresamente las nuevas oportunidades que brinda la expansión del comercio electrónico y en tal sentido, se previó la elaboración de un programa de trabajo sobre este tema. Además se decidió que los Miembros mantendrán su práctica actual de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas. Asimismo el párrafo 34 de la Declaración

Desarrollo Económico (OCDE),[4] la Cámara de Comercio Internacional (CCI),[5] la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya,[6] la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA)[7] y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI),[8] en este último caso a través de la elaboración de las leyes modelos sobre comercio electrónico (1996) y firmas electrónicas (2001) y recientemente, el Proyecto de

---

Ministerial de Doha adoptada el 14 de noviembre de 2001 se dedica específicamente al comercio electrónico, en estos términos: "... La labor realizada hasta la fecha demuestra que el comercio electrónico plantea nuevos desafíos y crea nuevas oportunidades de comercio para los Miembros en todas las etapas de desarrollo, y reconocemos la importancia de crear y mantener un entorno favorable al futuro desarrollo del comercio electrónico. Encomendamos al Consejo General que considere las disposiciones institucionales más apropiadas para ocuparse del Programa de Trabajo, y que informe al quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial sobre los nuevos progresos que se realicen. Declaramos que los Miembros mantendrán hasta el quinto período de sesiones su práctica actual de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas." Puede consultarse la página de la OMC: http://www.wto.org.

[4] La OCDE es una de las organizaciones internacionales más activas en el fomento del comercio electrónico como capítulo de su política de promoción del desarrollo tecnológico, eliminación de barreras y liberalización del comercio. Esta organización fundamentalmente procura generar confianza en las transacciones electrónicas mediante actividades en las áreas de la seguridad y privacidad, y, en especial, en los temas de información y protección al consumidor: derechos de renuncia o devolución de artículos comprados electrónicamente, prevención de fraude, información sobre contratos, procedimientos de resolución de disputas que no requieran acudir a los tribunales judiciales. Asimismo, promueve la colaboración internacional para reducir las diferencias entre los países respecto del marco legal del comercio electrónico, incluyendo impuestos, aranceles y derechos de propiedad intelectual. Puede consultarse la página oficial de la OCDE: http://www.ocde.org.

[5] La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha aprobado en el año 2004 las cláusulas contractuales para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004), así como una Guía para la contratación electrónica (ICC Guide to eContracting) que han sido redactadas por el grupo especial encargado del tema de la contratación electrónica de la Comisión de la CCI sobre Derecho y Prácticas Comerciales y de la Comisión de la CCI para el comercio electrónico, la tecnología de la información y las telecomunicaciones bajo la co-presidencia de Christopher Kuner y Charles Debattista. Estos instrumentos pueden hallarse en http://www.iccwbo.org/. Véase también un análisis detallado en PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, "Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004" en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, noviembre de 2005.

[6] La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha organizado diversas conferencias y mesas redondas desde fines de la década del noventa sobre comercio electrónico y derecho internacional privado a fin de analizar los múltiples aspectos que aquél presenta y su incidencia en las normas de nuestra disciplina. En la página de la Conferencia de La Haya puede encontrarse los resultados de tales reuniones: www.hcch.net/

[7] Para la CIDIP VII se elaboró una lista provisional de cuatro temas: Protección al Consumidor, Comercio electrónico, Jurisdicción internacional y Responsabilidad Extracontractual. El tema del Comercio electrónico fue propuesto por las delegaciones de Brasil, México, Uruguay, Estados Unidos, Chile y Perú. Dentro de este contexto, se sugirió la elaboración de dos posibles instrumentos interamericanos, uno sobre Títulos Valores y otro sobre Registros Electrónicos. Cfr. "Informe de avance de la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos sobre el diálogo entre Estados Miembros: Establecimiento de la Agenda de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII)", 21 de diciembre de 2004 (OEA/Sec.G CP/CAJP-2228/04). Disponible en www.oas.org . Sin embargo, finalmente los temas que han sido seleccionados son: a) Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo); y b) Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Cfr. AG/RES. 2065 (XXXV-O/05). Disponible en www.oas.org. Para CIDIPs futuras quedaron en agenda dos temas: Comercio electrónico y Responsabilidad civil.

[8] La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) ya en el año 1985 había adoptado una Recomendación sobre el Valor Jurídico de los Registros Computarizados. Los instrumentos elaborados por la CNUDMI a los que nos referiremos en este trabajo pueden encontrarse en http://www.uncitral.org.

Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005), el que fuera oportunamente adoptado por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, y cuya finalidad es fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales. Cabe señalar únicamente que en la Convención se regula la determinación de la ubicación de la parte en un entorno electrónico; el momento y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas; la utilización de sistemas de mensajes automatizados para la formación de contratos; y los criterios a que debe recurrirse para establecer la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, incluidos lo los documentos sobre papel "originales", así como entre los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas. [9]

Veamos ahora los diferentes discursos que se han elaborado en torno del derecho del ciberespacio, del *cyberlaw.*

III. LOS DISCURSOS SOBRE EL CYBERLAW[10]

Entre los discursos que han aparecido en torno de INTERNET, cabe mencionar en primer término, aquél que podría denominarse tradicionalista, que considera que el Estado es el ente más apropiado para encargarse de reglar, de regular el ciberespacio[11]. Ello por cuanto, el Estado es el único que ostenta la legitimación democrática, la infraestructura así como las instituciones para hacer cumplir las reglas aún cuando ellas operen en el espacio virtual. Según esta línea de pensamiento, son los derechos estaduales quienes ofrecen la mejor, más legítima, más democrática opción en este tema.

Un segundo discurso, el de los ciber-separatistas, autonomistas, parte de la idea de que el ciberespacio es un espacio social separado, distinto del mundo real. Consecuentemente, quienes propugnan esta corriente de pensamiento, argumentan que las normas que existen en los derechos nacionales, no son o no deberían aplicarse en el ciberespacio. En una posición extrema,

---

[9] La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) elaboró un Proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, aprobado en el 38º período de sesiones de la Comisión que tuvo lugar en Viena del 4 al 15 de julio de 2005. Muchas de sus normas importan la transposición a un tratado internacional de principios ya establecidos en modelos de ley, en particular la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996. En cambio, otras de sus disposiciones se han inspirado en principios o reglas generales de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG).

Al respecto, puede consultarse el trabajo de PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, "Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004" en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, noviembre de 2005.

[10] Puede ampliarse en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Internet: Un Golem de la Postmodernidad", Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

[11] Término creado por William Gibson en su novela *Neuromancer* (1984). Este autor lo define como una alucinación consensuada que experimentan diariamente billones de operadores de computadoras; una representación gráfica de información que fluye de cada ordenador al sistema humano.

habrá quienes llegan a pensar que ninguna ley, ninguna regla debería regirlo[12]. Precisamente en este aspecto, es cuando se introduce el argumento, según el cual INTERNET debe ser gobernado por los propios usuarios, quienes son los primeros interesados, los principalmente afectados.

Se recurre en tal sentido, para sostener la autonomía del ciberespacio, a la validez de la *lex informatica*, a la analogía de pensar que tiene el mismo origen que la *lex mercatoria.* Sus partidarios no dudan en encontrar profundas similitudes entre las necesidades de los comerciantes que claman por la *lex mercatoria* y los requerimientos por los que claman quienes interactúan en la net[13].

Esta concepción parece ignorar que el entorno cibernético donde se despliega la llamada sociedad internáutica, como consecuencia de la interacción social, no es inmune a controversias. Dicho en otras palabras, ya han sobrevenido y seguirán haciéndolo las desavenencias que perturbando el idilio entre los internautas, deberán ser procesadas, ser resueltas, para reestablecer la paz cibernética. Este discurso acerca de la separación del espacio virtual del mundo jurídico estimula, a nuestro criterio, la ciberanarquía[14].

En este sentido, ¿cómo poder defender la autoregulación de los piratas que pululan en la red de redes?.¿O que así lo hagan quienes atentan contra los derechos de autor?. ¿Cómo aprobar que sean los mismos que cometen pedofilia quienes creen las normas de su actividad?. ¿Sobre qué base se hará el presunto reparto?. ¿Qué aptitudes tan especiales demuestran detentar quienes operan en el comercio electrónico que les permite llegar a regular el mercado cibernético?. En todo caso, ¿ellos decidirán cuáles son las cibercontroversias que caen bajo la esfera de la *lex informatica*?. ¿Serán las vinculadas estrechamente con una actividad cibernética?, ¿o también aquellas disputas entre usuarios de la net?. ¿Qué criterio diferenciador se puede usar en este sentido?. ¿No se puede llegar a pensar que quienes sostienen la separabilidad jurídica, la autonomía del mundo cibernético, se dejan llevar por una suerte de falso lirismo, romanticismo?. ¿Será que en el comercio electrónico nadie intentará la aceptación de cláusulas abusivas predispuestas por la parte que en el contrato internacional tiene mayor poder de negociación?.¿No es creer falsamente que todos los internautas que navegan en el ciberespacio, a diferencia de los que viven en el mundo real, son naturalmente buenos, ingenuos, respetuosos de las reglas éticas, morales, jurídicas, deontológicas, con suficiente entidad como para no solamente autoregularse sino para autosancionarse?.

---

[12] BARLOW, John P. “A Cyberspace Independence Declaration”. http://www.eff.org/Barlow. Quien enfáticamente declara: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather". BOYLE, James, “Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors”, 66, *U. Cin. I. Rev*. 177. 1997.

[13] JOHNSON POST, “Law and Borders”. 1390, También, PERRIT, Henry Jr. “The Internet as a Threat to Sovereignty?. *Thoughts on the Internet¨s role in Strenghening National and Global Governance*, 5, Ind. J. Global Leg. Stud. 423, 427. 1998. “Cybernauts most closely resemble medieval merchants who developed substantive rules and practices tu regulate transtional trade. The lex mercatoria- outside traditional polictical institutions”.

[14] El término es empleado por muchos autores, entre los que se destaca: GOLDSMITH, Jack, “Against Cyberanarchy”, 65, *U.Chi.I.Rev*.1200. 1998.

En definitiva, entendemos que el ciberespacio no debe ser considerado como un compartimiento estanco, inmune e impenetrable a las reglas de los hombres, separado del mundo real.

No resulta creíble que las prácticas, las conductas, las costumbres, los usos reiterados, respetados, observados por y entre quienes interactúan en la red, por ese mero hecho ostenten el sello de su juridicidad. Al incrédulo le bastará observar la forma en que algunos "usuarios" emplean la net, imbuidos, casi pletóricos de libertad, para difundir ideologías peligrosas, ofrecer productos de venta prohibidos, comprometerse a practicar eutanasia, tráfico de menores, falsas adopciones internacionales, responsabilidad por productos informáticos defectuosos, infracciones del derecho de patentes o marcas, pedofilia, pornografía infantil, espionaje, fraude y sabotaje informático, entre tantos otros delitos.

IV. LA INTERNACIONALIDAD DEL FENÓMENO

Cuando se aborda la temática relacionada con el comercio que tiene lugar en redes digitales, hay una característica que resalta entre otras y es precisamente, su naturaleza internacional. En efecto, los medios electrónicos ofrecen un escenario en el que se insertan desde las personas humanas hasta las empresas grandes como las pequeñas, accediendo a un mercado mundial casi sin límites en el que se entrelazan imperceptiblemente millones de transacciones internacionales. Así, la mayoría de ellas, las que se celebran entre las empresas y los usuarios, se encuentran relacionadas con productos tangibles así como intangibles que son frecuentemente enviados directamente a las computadoras de los consumidores a través de la red. Las dimensiones internacionales del comercio electrónico entre otros temas de vital importancia producen efectos jurídicos, relacionados con la contratación electrónica, la jurisdicción y derecho aplicable, problemas de confidencialidad, de privacidad, entre otros.

En cuanto al primero de los aspectos señalados sabido es que en el entorno digital también el contrato se presenta como el instrumento jurídico disparador de riqueza y que debido a su carácter flexible aunque vinculante desde el punto de vista jurídico, se amolda a los intereses de quienes lo emplean, erigiéndose en uno de los principales medios de autorregulación de los que disponen las partes para movilizar el mercado internacional del comercio electrónico. Tal contratación electrónica abarca desde las relaciones entre empresas y consumidores, (B2C), cuando los consumidores acceden a bienes o servicios que se ofrecen en Internet, como entre las propias empresas (B2B), compraventa de mercaderías, prestación de servicios, contratos de licencia, contratos de explotación de derechos de propiedad intelectual, entre otros. En tal sentido, el comercio electrónico plantea problemas tales como el perfeccionamiento del contrato, vale decir, la determinación del momento en que se logra una oferta y su aceptación en el entorno virtual; sus formalidades contractuales y probatorias, el grado de seguridad, durabilidad e integridad respecto del contenido.

El otro aspecto mencionado se encuentra relacionado estrechamente con la naturaleza multijurisdiccional de Internet en el sentido que la información en las redes digitales suele

desplegarse en el nivel internacional, transponiendo las fronteras geográficas de los Estados que cuentan cada uno con su propio sistema jurídico.

Finalmente, Internet hace posible difundir contenidos de manera instantánea, lo que tiene suficiente virtualidad como para provocar infracciones de piratería, falsificación debido que el propio entorno facilita el anonimato y brinda herramientas que dificultan, que hasta llegan a imposibilitar, la detección de la procedencia de una concreta comunicación electrónica; o que imponen la necesidad de proteger a los particulares del acopio, almacenamiento y disponibilidad pública de datos comercialmente valiosos sobre la identidad y costumbres de los usuarios.

Brevemente describiremos cuáles son las soluciones que brinda el Derecho Internacional Privado Argentino a este fenómeno.

V. SOLUCIONES DESDE EL DERECHO ARGENTINO[15]

A. JURISDICCIÓN Y ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

Habrá que discernir si las soluciones existentes del derecho internacional privado argentino en este aspecto pueden ser aplicables al ámbito de INTERNET[16].

En primer lugar, cabe observar que en materia de jurisdicción internacional el derecho argentino de fuente interna admite la prórroga, la cual puede ser válidamente celebrada antes, durante o después del estallido de la disputa, según surge del artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con tal que se encuentren reunidas las siguientes condiciones:

1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial,
2) Que se trate de cuestiones de índole internacional.
3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes,
4) Que la jurisdicción de los tribunales argentinos sea exclusiva.

Paralelamente, en ausencia de pacto resultan aplicables los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que consagran en materia contractual, los foros alternativos, del domicilio del demandado o del lugar de ejecución del contrato, habiendo dado lugar su interpretación a una abundante como esclarecedora jurisprudencia. Baste recordar entre los más célebres casos “Espósito, Quilmes Combustibles”, “INTA”, entre tantos otros.

En el ámbito convencional los célebres Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales estatales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato. En su caso, si bien admiten la prórroga la limitan en el tiempo ya que no podrá celebrarse sino *post litem*, vale decir, después del estallido de la controversia, como solución congruente con un contexto internacional poco proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad.

---

[15] Véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., SCOTTI, Luciana B., RODRÍGUEZ, Mónica S., y MEDINA, Flavia, "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 17, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 24 de febrero de 2006.

[16] Coincidimos con quienes ven Internet como un mero instrumento (Gregorio KLIMOVSKY, *LA NACION*, Buenos Aires, 6 de Agosto de 2000).

En el ámbito específico del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual, establece la jurisdicción de los tribunales del estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del estado del domicilio del demandado, o el tribunal del estado del actor si prueba que cumplió con la obligación a su cargo. En materia de acuerdo de elección establece que se puede pactar antes, durante o después del estallido de la controversia, en forma escrita. A su turno acepta que el acuerdo de elección recaiga sobre un tribunal arbitral bajo idénticas condiciones[17]. En la República Argentina recientemente en el ámbito del comercio electrónico acaba de incorporar a su ordenamiento jurídico la Resolución del MERCOSUR, relativa al Derecho de Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales efectuadas a través de Internet a fin de garantizar que la información otorgada por el proveedor sea suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión razonada, libre y debidamente fundada, en consonancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional en artículo 42 y por la Ley de Defensa del Consumidor N°24240, artículo 4. Esta resolución alcanza a todas las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet en donde el proveedor esté radicado o establecido en alguno de los Estados Partes del MERCOSUR[18].

En el ámbito universal, cabe recordar que la Convención de Nueva York de 1958 establece que la cláusula arbitral habrá de ser celebrada por escrito. Este delicado aspecto se presenta como una cuestión que requiere de rápidas respuestas, caso contrario puede llegar a constituirse en un obstáculo para el desarrollo del comercio electrónico. Por su parte, UNCITRAL se encuentra abocada a lograr una actualización de las definiciones contenidas en las convenciones internacionales, y se ha pensado que ello habrá de canalizarse a través de un acuerdo interpretativo que en forma simplificada precise, complete términos tales como documento, firma, escrito que aparecen en los instrumentos internacionales en vigor para adaptarlos a los requerimientos de los tiempos actuales[19].

B. LEY APLICABLE. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma electrónica, la principal distinción que cabe tener en cuenta es acerca de la naturaleza de las partes en disputa. Evidentemente no resulta lo mismo una controversia en B2B que en B2C. En el primer caso se puede tratar de partes suficientemente sofisticadas, en cualquier caso empresas

[17] FELDSTEIN de CÄRDENAS, Sara L. *Jurisdicción Internacional en materia contractual.* Obra de la Colección Sistema Jurídico del MERCOSUR dirigida por el Doctor Atilio Aníbal Alterini, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, primera edición. De la misma autora de Contrato cibernético internacional: ¿Soluciones tradicionales para problemas nuevos o soluciones nuevas para problemas tradicionales? En el Libro *Temas de Derecho Civil* Homenaje N°14. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. Venezuela. 2004.

[18] Resolución N°104/05 por la que se incorpora la Resolución N°21 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR.

[19] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. Capítulo Reflexiones sobre los acuerdos de selección de foro en el comercio electrónico. Libro T*emas de Derecho Procesal*. Colección Estudios Jurídicos N°15. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. 2005.

que no son “consumidores” (es decir, usuarios finales, sin una finalidad comercial). Ello permite pensar que se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que las legislaciones suelen poseer normas que amparan al consumidor (leyes de defensa del consumidor) y en ocasiones, cuando se trata de arbitraje entre el comerciante electrónico y el consumidor lo sujetan a ciertas condiciones de aceptación muy especiales. En esta hipótesis consideramos que deben diferenciarse claramente ambas hipótesis y que en el caso de B2B deberían propiciarse instrumentos, herramientas contractuales que prevean perfectamente la eventualidad de controversias. Tal como lo hemos señalado en numerosas oportunidades, el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra ignorado por Vélez Sársfield en el Código Civil Argentino, rechazado por el Tratado de Montevideo de 1940 y finalmente consolidado tanto por la doctrina como la jurisprudencia argentinas[20]. Ahora bien, un tema de debate constituye el alcance de la regla, dado que habrá quienes puedan considerar que las partes se encuentran en libertad tal como para prescindir de ciertos requisitos legales de forma o de autenticación de menor fiabilidad que la firma electrónica, que constituye como todos sabemos, la norma mínima de fiabilidad que se reconoce en la materia.

C. LEY APLICABLE. AUSENCIA DE EJERCICIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión claramente problemática es la fijación del lugar de su celebración. Por ende, no resulta de toda conveniencia el sujetar el contrato de conformidad con ese criterio atributivo de ley aplicable. El otro criterio posible, el del lugar de ejecución del contrato, es menos problemático, pero cabe preguntarse acerca del lugar del cumplimiento de qué prestación, de que obligación contractual. Por ello, también aquí han aparecido los criterios de conexión flexibles, tales como sujetar al contrato a la ley del domicilio del prestador más característico del contrato o bien, a la ley del cumplimiento de la prestación más característica del contrato electrónicamente celebrado. Esta última corriente, nos parece observar que es la que cuenta con mayores adeptos[21].

D. LA LEX MERCATORIA

Tal como ya vimos, existe la creencia de un sector considerable de juristas acerca de la falta de aptitud del derecho internacional así como del derecho nacional para procesar, para solucionar de manera eficiente, las disputas ocasionadas en el área de las transacciones internacionales. Desde esta mira, por cierto escéptica, ni los derechos estaduales ni el derecho internacional ofrecen un

[20] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000. De la misma autora, *Contratos Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

[21] Sobre la prestación más característica puede verse FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7 sobre "Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR", Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.

sistema lo suficientemente adecuado, apto como para responder a las expectativas de las partes. De allí, resulta imprescindible para esta corriente de pensamiento, impulsar, revitalizar, redescubrir, reinventar la idea sobre la existencia así como la autosuficiencia de una suerte de tercer orden jurídico denominado "*lex mercatoria*"[22]. Para sus acérrimos como vigorosos mentores, la aplicación de la *lex mercatoria* brinda una suerte de solución completa, total en materia sobre todo, de arbitraje en contratos internacionales. Porque no mágica. Sus defensores como aves agoreras, como intérpretes de un remozado oráculo, han llegado a advertir al mundo acerca del futuro incierto del derecho internacional privado al permitirse sostener que "...el efecto de la *lex mercatoria* amenaza la existencia del derecho internacional privado porque una vez que emerjan las normas supranacionales, las reglas y los principios del derecho internacional privado se volverán superfluos" o bien, cuando pletóricamente llegan al paroxismo al proclamar que "...una de las finalidades de la *lex mercatoria* es eliminar la búsqueda de la propia ley del contrato o, en general, las normas de conflicto de leyes"[23].

Podemos válidamente volver a preguntarnos, por qué razón las partes en las transacciones internacionales, habrán de desear quedar sujetas a la *lex mercatoria*, cuando de la lista de prácticas, costumbres, usos, principios generales del comercio internacional que la conforman, no hay uno sólo que no pueda ser encontrado en los ordenamientos jurídicos estatales. O lo que es lo mismo pero dicho de otro modo, no podemos alcanzar a comprender cómo puede concebirse que una lista de principios, usos, costumbres generados, tomados, derivados de los ordenamientos jurídicos estatales puedan servir de base para la presunta creación de un conjunto uniforme de reglas de derecho sustantivo que pretende autoerigirse en una suerte de derecho transnacional, supranacional, anacional, autónomo, privativo.

Desde nuestra mirada, consideramos que la *lex mercatoria* no es un sistema jurídico, es decir un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente. Por lo tanto, proponemos que sea considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales[24].

---

[22] Ver FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "La lex informatica: La insoportable levedad del no ser". *Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*. Fundación de Córdoba, 2005. Y en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* www.eldial.com. Septiembre de 2005.

[23] Ver trabajo citado en la nota anterior.

[24] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. Ob. citada nota 19, Capítulo Lex Mercatoria. Abeledo Perrot. 1995.

VI. EL CASO JURISPRUDENCIAL ARGENTINO

Ahora analizaremos una controversia suscitada en el ciberespacio por violación del derecho a la intimidad, al honor y al nombre. Ante la carencia de una regulación específica, observemos cómo resuelven el caso nuestros tribunales.

A. LOS HECHOS

Sofía Karina Zamolo demandó a *Yahoo! de Argentina SRL* y a *Google Inc.* para que eliminaran su nombre y su vinculación con sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades relacionadas al tráfico de sexo, a los que era posible acceder a través de los servidores demandados.

B. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia hizo lugar a la medida innovativa solicitada por la actora, ordenando la eliminación demandada. Para ello, tuvo en cuenta que se hallaban en juego el derecho a la intimidad, al honor y al nombre, de rango constitucional y que la inclusión del nombre de la actora en los sitios indicados, sin su autorización constituía un uso indebido de aquél.

C. DECISION DE LA CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL

La codemandada *Yahoo! de Argentina SRL* recurrió la sentencia de primera instancia. Cuestionó la verosimilitud del derecho en virtud de la inexistencia de veinticinco de las veintiséis vinculaciones con sitios que señala la actora ya que de la prueba aportada por la peticionaria, sólo surgirían cinco de las vinculaciones individualizadas en la demanda.

Asimismo, invoca su falta de legitimación pasiva en razón de ser un mero intermediario de acceso a contenidos que terceros publican en la red, por lo cual no se le puede atribuir conductas ilícitas que según sostiene no realiza.

Agrega que, a su juicio, la medida resulta ineficaz puesto que la vinculación del nombre de la actora con los sitios cuestionados subsistirá a través de otros buscadores.

También afirma que lo decidido importa la violación de los derechos de los usuarios: de acceder por el buscador a toda la información de la red; de los propietarios de sitios: a que ante una búsqueda se muestre su sitio en los resultados; y de su parte: de proveer resultados completos a los usuarios. Asimismo arguye que se vulnera su derecho constitucional a trabajar y ejercer toda industria lícita y también la libertad de acceso a la información y expresión, prevista, asimismo, en tratados internacionales.

El Tribunal de Alzada consideró respecto de la verosimilitud del derecho, que no estaba controvertida la vinculación sin autorización del nombre de la actora con sitios de contenido relacionado con el tráfico de sexo, y que ésta vulnera derecho de rango constitucional de la demandante. En tal inteligencia, sostuvo que la cantidad de páginas web en las que se verifique tal vinculación es irrelevante a los fines de valorar la verosimilitud del derecho.

A su turno, la Cámara advierte que es necesario distinguir entre el destinatario de la medida y quien pudiera resultar responsable por los daños que pudiere haber ocasionado tal vinculación. En consecuencia, tanto la determinación de una eventual responsabilidad, así como lo relativo a las implicancias en las relaciones entre usuario, propietarios de sitios y prestadores de servicios son cuestiones que exceden el marco y la finalidad de las medidas cautelares.

Con citas de diversa doctrina y de normas de derecho comunitario europeo (Directiva 2000/31/CE arts. 12, 13 y 14), el tribunal afirmó que "...es indudable que el servicio prestado por la apelante, por sus propias características, contribuye a facilitar la difusión de las páginas cuestionadas por la actora, por lo cual, la decisión adoptada por el "a quo", resulta el medio más idóneo para evitar la prolongación de la situación que se quiere hacer cesar."

Asimismo, destacó que, tal como surge de la prueba documental aportada por la actora, "en algunos casos "Yahoo! Argentina" se guarda el derecho a elegir los sitios que incluye en su directorio... En tales condiciones, no se advierte cuál es el gravamen que le genera la resolución apelada desde que sólo comporta el ejercicio, por orden judicial, de la facultad que se reserva."

En definitiva, el Tribunal de Alzada, integrado por los camaristas Martín Farrell y María Susana Najurieta, resolvió rechazar el recurso interpuesto.

VII. DECISIONES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

Resulta dable recordar un fallo célebre protagonizado por la sociedad americana *Yahoo Inc*. con sede en Santa Clara, California, Estados Unidos de Norteamérica, a la que el Tribunal de la Gran Instancia de París prohibió la venta de objetos nazis en el territorio francés con fecha 20 de noviembre del 2000, encontrándola en infracción al artículo 113. 2 del Código Penal. Según el derecho francés está prohibido exponer o vender objetos que inciten al nazismo (artículo R.645-2 del Código Penal francés), incluso está penada cualquier ofensa a la memoria colectiva del país. El Juez Jean Jacques Gomez, dictaminó que *Yahoo* había ofendido la memoria colectiva francesa, declarándose competente, atendiendo al criterio del lugar donde se comete el daño, para el conocimiento del litigio. El juez impuso a la compañía norteamericana la obligación de impedir el acceso a dicho material nazi al público francés.

En este aspecto, no podemos soslayar que la sentencia que sancionaba a *Yahoo* por exponer y vender en su sitio web propaganda nazi, adquirió especial relevancia por tratarse del primer caso judicial en la materia.

Cabe señalar que los actores, Unión de Estudiantes Judíos de Francia (UEFJ) y la Liga Internacional contra el Racismo (LICRA), solicitaron al tribunal francés que obligara a tomar las medidas conducentes para impedir la exhibición y venta en su sitio de objetos nazis en todo el territorio francés. La decisión busca que se utilice un mecanismo de bloqueo de acceso para los ciudadanos franceses y la empresa demandada argumenta la dificultad, sino imposibilidad de llevar a cabo tal control.

En este sentido, la empresa *Yahoo* sostuvo que para bloquear el acceso a tales sitios tendrían que poder eliminar palabras de los motores de búsqueda, tales como nazi, lo que obstaculizaría el trabajo de historiadores e investigadores prohibiendo a los usuarios el ingreso a sitios que contengan tales términos. Desde ya sabemos que se puede programar el servidor de tal forma para que no responda a peticiones realizadas por navegadores en cierto idioma y/o operadores de cierto origen. Vale decir, aquellas direcciones que tengan una determinada extensión final no acceden al sistema. Sin embargo, no ignoramos que la eficacia es relativa ya que hay abonados a proveedores internacionales a los que sea cual sea el lugar desde el que se conecten a Internet imposibilitan su identificación. Un ejemplo de ello es que ni bien fue conocido el fallo del Juez Gómez sitios como *Anonymizer* o *Safe web*, fueron usados por los usuarios franceses, ya que ellos permiten identidades anónimas e impiden que un website determine las coordenadas geográficas de las máquinas de las cuales se conectan los internautas.

A su turno, con fecha 7 de noviembre del 2001 un juez californiano consideró que la decisión francesa era incompatible con la Primera Enmienda (1791) de la Constitución de Estados Unidos que garantiza la libertad de expresión, y declara inaplicable la sentencia francesa en suelo americano. Con posterioridad, un tribunal de alzada a nivel federal en el estado de California parece cerrar la cuestión cuando sostiene que la argumentación de la demandada apelando a la Primera Enmienda para justificar que no se pueda prohibir la subasta de determinados artículos y recuerdos nazis es “vaga”.

Claro, por nuestra parte pensamos que el fallo Yahoo podría estar escondiendo una disputa más profunda en materia de comercio electrónico como es el dominio de Internet entre europeos y estadounidenses.

VIII. NUESTRAS REFLEXIONES

1) El derecho en general y el derecho internacional privado en especial no puede permanecer ajeno a los cambios tecnológicos, y debe contribuir para la regulación de las relaciones jurídicas que se desarrollan en la Red de redes.
2) Vivir en una sociedad en la que la información que ha evolucionado hasta el punto de erigirse en una suerte de herramienta básica para optimizar la producción de bienes y servicios, impone la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de las personas.
3) El fallo comentado se inserta en la tendencia que esperamos al resolver armónicamente, al restablecer equilibradamente el delicado juego del derecho a la intimidad, al honor y al nombre de las personas, reconocido en nuestra Carta Magna y en declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, de rango constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM, Nahil. *Electronic Commerce: technical business and legal issues.* Prentice Hall. Estados Unidos de Norte América 1999.

ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 41, 2000.

BARCELÓ, Rosa J. *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI).* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España, 2000.

BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

BAUMGARTNER, Jeffrey – Schulze, Corinna. *Don¨t panic!, Do electronic commerce*. Unión Europea. Comisión Europea de Comercio Electrónico. 2000.

BRENNA, Ramón G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" *en Informática y Derecho (Aportes de Doctrina Internacional*). Volumen 7 Comercio electrónico", o en http://ecomder.com.ar

BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

BURNSTEIN, MATTHEW, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law International , Tha hague , 2000, ps. 23-26.

CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.

DICKIE, John, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 1999.

DREYZIN de KLOR, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado,* Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.

FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873 e "Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable", en *Revista Doctrina Judicial* 1999-3-654.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.

Jurisdicción internacional en materia contractual, en ALTERINI, Atilio A. (dir.*), Colección Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

"La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999.

“Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet”, en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

“La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

“Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

“Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

“El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005. “El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

“Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.

FENTIMAN, Richard*, Conflicts of Law in Cyberspace. International Federation of Computers Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law*, Bruselas, 1996.

GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.

GARRO, Alejandro; PERALES VISCASILLAS, Pilar, “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM):

Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)", *RCE,* núm. 44, diciembre 2003, pp. 39-56

GAUTRAIS, V., LEFEBVRE, G, y BENYEKHIEF K., "Droit du commerce électronique et normes applicables: l´émergence de la lex mercatoria", en *Revue des Affaires Internationales* (RDAI), 1997. GELLER, Paul E., "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World", en BERNT HUGENHOLTZ, P (ed.) *The Future of Copyright in a Digital Environment, Proceeding of the Royal Academy of Sciences and the Institute for Information Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1996.

GOLDENBERG, Pablo, MARÍ HERNÁNDEZ, Alvaro, "La Contratación en Internet, en *Revista El Derecho* 170-1093.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas", *RCE,* núm. 40, julio/agosto 2003, pp. 5-23

"Oferta, perfección y prueba del contrato electrónico", en RUIZ PERIS, (Dir.), *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp.215-242

Derecho de la Contratación Electrónica, Madrid: Civitas, 2001

MARTÍNEZ NADAL, A. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Astrea,1997.

MORALES ARCE, J.B. "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional" en *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, Contratos electrónicos, Ed. Marcail Pons, Madrid, 1999. MORENO, Á.G. "El comercio electrónico y su disciplina; ¿un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", en *Derecho de los negocios* (Madrid) 13:145:28 a 47, 2002.

MUÑIZ ARGUELLES, L. "La contratación electrónica y las normas generales de contratación", en *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (San Juan) 71:639 a 654, 2002.

NOODT TAQUELA, María Blanca, "El comercio electrónico en el Mercosur", en *JA* 2000-IV-1188.

NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-II, ps. 929 a 940.

OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.

"La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.

PALAZZI, Pablo, PEÑA, Julián, "Comercio Electrónico y Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 17, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ensayos de información jurídica.* Fontamara. México. 1996.

PIAGGI, A.I. "La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce", en *Revista doctrina societaria* (Buenos Aires) Nº 144, 1999.

SALERNO, Marcelo U., "Los contratos en el Mercado Virtual", el *Revista Jurídica La Ley* 1999-E, ps. 1127-1130

SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

SCHAUER, Bernd. “Electronic Comerse in der EU”. Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Viena 1999.

SIRELLI, Pierre, "L´adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l´État", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds*), Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law International , La Haya , 2000.

TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.

WEISMAN, Karina, "Internet y los contratos: la adecuación del derecho y de los abogados a este nuevo medio de contratación", en *Revista Doctrina Judicial* 2001-3-151.

CAPITULO II

CONTRATACION INTERNACIONAL ELECTRONICA

LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL ELECTRÓNICA: PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas, Luciana B. Scotti, Mónica S. Rodríguez y Flavia A. Medina

I. INTRODUCCIÓN

El advenimiento de Internet, un fenómeno que trasciende las fronteras estaduales, ha abierto un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre las que se destacan entre otras, desde la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, los delitos, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria hasta la posibilidad de celebrar mediante esa modalidad tecnológica variadas transacciones internacionales. Lo cierto es que el entorno de Internet tan atractivo, pero no por ello menos riesgoso, ha provocado entre otras implicancias jurídicas, la aparición de una pugna entre quienes polemizan en torno de la legitimidad de los derechos estaduales de regular jurídicamente este espacio y el derecho de los usuarios de emplearlo a su libre albedrío. Ello implica cuestionarse, por un lado, sobre si el ciberespacio es o no un territorio sin dueño, un espacio sin ley, un lugar sin lugar, o si en cambio, la comunicación electrónica tiene la misma naturaleza y por ende está sujeta a los mismos límites legales que toda comunicación.

El comercio electrónico abarca actividades de banca electrónica, culturales, de salud, de viajes, de esparcimiento, de información, entre tantas otras, que permite mediante el empleo de una infraestructura electrónica a las más variadas personas, sean humanas o jurídicas, e inclusive a los propios gobiernos, organizaciones educativas, organizaciones no gubernamentales, entre tantas otras, celebrar contrataciones internacionales a una velocidad que permite que se cubra el globo en milésimas de segundos. Más aún, los usuarios no reparan en el cruce de fronteras, en los límites políticos de los derechos estaduales y ello les sucede de forma inadvertida, casi imperceptiblemente.

Dicho en otras palabras, la propia naturaleza del fenómeno, su intrínseca internacionalidad, clama por la intervención del Derecho Internacional Privado, una de las ramas del derecho que se presenta como la más comprometida, y por ende una de las más aptas para dar respuesta a algunos interrogantes, tales como la ley aplicable o la jurisdicción competente en esta delicada como relevante materia. En efecto, la invitación a los consumidores para realizar operaciones mediante un sitio web, aumenta considerablemente las probabilidades para que los tribunales extranjeros se consideren competentes, llamados a resolver las eventuales disputas ocasionadas en esa esfera, así como determinar la legislación aplicable a la relación jurídica pertinente, máxime que la mayor parte de las transacciones y operaciones realizadas en Internet son internacionales.

II. LEY APLICABLE A LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL ELECTRÓNICA

En este sentido, conviene recordar las dos posturas predominantes acerca del modo de regular las desavenencias surgidas por el uso de Internet, una primera que se decide por la creación de una normativa material específica, ad hoc, que según sus defensores se justifica ante la obsolescencia del derecho tradicional; o la otra, por acudir a las reglas de Derecho Internacional Privado dada su probada eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y así poder solucionar problemas que son los mismos de siempre, que no son nuevos, sino que solamente se presentan con un ropaje tecnológico novedoso. Cabe señalar, y ello en absoluta defensa del Derecho Internacional Privado cuando injustamente se lo acusa de que sus soluciones "se revelan como ineficientes por costosas: generan costos de transacción y conducen a largos procesos para resolver las cuestiones de competencia y derecho de fondo al cual ajustar la resolución del conflicto", y además agrega el autor que estamos citando que: "...de modo que se han ido desarrollando alternativas diferentes a las propuestas por el Derecho Internacional Privado, así en lo que hace al derecho aplicable se pregona hace tiempo la conveniencia de la uniformación del derecho, lo que se logra a través de distintos medios, tales como las convenciones internacionales, las leyes modelo, las leyes uniformes"1. Discrepamos con esta orientación que parece olvidar que la disciplina desde tiempos remotos, por no decir remotísimos, se encuentra embarcada casi solitariamente con el derecho comparado en la noble tarea de la armonización legislativa, a través de normas indirectas, las típicas reglas de conflicto, pero además mediante normas directas, materiales. Por ello, cae bajo su esfera de acción, de pertenencia tanto los célebres Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, que emplean el método de armonización legislativa a través de las reglas de conflicto como la exitosa Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980 o las más recientes leyes modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 o sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997, que siguen métodos, técnicas distintas de codificación a través de reglas directas, sustanciales, materiales. Pero siempre en torno de las materias que le son propias, que integran el contenido y objeto de la disciplina, por supuesto convengamos, siempre remozado, dado que quienes cultivamos el Derecho Internacional Privado en el mundo, sabemos de la existencia del ordenador, del correo electrónico, de Internet, del postmodernismo, de la globalización, de la transnacionalización, entre otros fenómenos del tercer milenio, no pudiendo ignorarse que nuestra disciplina se ha visto obligada, lanzada a acompañar el vertiginoso avance tecnológico. Sin embargo, no podemos ocultar el orgullo que sentimos cuando prestigiosos juristas provenientes de otras áreas del derecho se suman, y cada vez son más, al abordaje de la internacionalidad para contribuir con su inestimable aporte en la búsqueda de soluciones para los problemas que supieron padecer y siguen padeciendo desde el medioevo

italiano los mercaderes2. Por supuesto, tampoco ignoramos que el discurso que se pregona no es ya aquella vieja, tradicional *lex mercatoria*, sino la que han llamado nueva lex mercatoria, acompañada por las no menos ya célebres *lex maritima*, *lex informatica*, *lex internética*, *lex cibernética*, entre tantas otras posibles3. Pero eso es harina de otro costal.

Subiendo del mundo terrenal al espacio virtual, pudo válidamente sostenerse como lo hace M. Burstein4 que "no hay lugar allí en Internet" o bien, como lo dice Herbert Kronke "todos los lugares están en Internet". El primer jurista ha resuelto indicar en materia de ley aplicable tres orientaciones: una armonización en materia de reglas electivas, de conflicto de leyes, o de una unificación de la ley sustantiva de Internet, o bien, a partir del reconocimiento de Internet como jurisdicción propia, asignarle las disputas a un tribunal Internacional de Arbitraje de Internet o una Corte especial con competencia exclusiva para ellas.

Siguiendo el esquema mencionado, pensamos que en la primera línea podría acordarse un instrumento jurídico internacional articulado en base de normas indirectas, de reglas de conflicto que establezcan puntos de conexión rígidos (como el domicilio, el lugar de ejecución, el lugar de celebración, entre otras) o bien, puntos de conexión flexibles (como el lugar del cumplimiento de la prestación más característica del contrato, o el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato, o del lugar que tenga vínculos más estrechos o relevantes o significativos con el contrato, entre otros). La segunda posibilidad, la creación de una ley sustantiva para Internet, permitiría según sus proponentes, sus defensores la adecuación al avance en materia de cultura tecnológica ganando en certidumbre en el gobierno de las relaciones jurídicas que se despliegan on line. Por cierto que la principal dificultad como señala Vinton G. Cerf, es que el problema que aflora a la hora de legislar, es que Internet avanza de manera muy rápida, y cuando apruebas una ley, la tecnología ya ha cambiado. Por ello, sus cultores han llegado a afirmar que el concepto de soberanía de los Estados debe ser cuestionado, actualizado. De la misma manera que los estados nacionales establecieron un principio que predominó sobre todas las costumbres locales, hoy la interrelación de los procesos internacionales exige que ciertos valores se construyan también en el ámbito internacional. Esto no significa que la soberanía nacional tenga que desaparecer, pero sí que va a ser definitivamente limitada en una serie de direcciones y como afirma Antonio Martino que ha llegado el momento de pensar seriamente en una estandarización jurídica, algo así como un nuevo derecho, un nuevo *ius gentium.* Dicho en otras palabras, una suerte de *lex mercatoria*

---

1 RIVERA, Julio César "Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales internacionales y el rol del derecho privado patrimonial estatal". Disponible en http://www.rivera.com.ar/articulos/julio_rivera_globalizacion.pdf

2 Puede verse entre la extensa bibliografía sobre el tema la obra de BIOCCA, CARDENAS, BASZ, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Editorial Universidad. Argentina, Buenos Aires, 2003. Especialmente lo relacionado con el origen y contenido así como el capítulo dedicado a la codificación del Derecho Internacional Privado.

3 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "La lex informatica: La insoportable levedad del no ser". Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky. Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración **www.eldial.com**. Septiembre de 2005.

4 Coloquio internacional en honor de Michel Pelichet, organizado por el Instituto Molengraff de derecho privado de la Universidad de Utrecht y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado

desarrollada por los propios ciberusuarios, un “derecho común” generado a partir de los usos, de la práctica generalizada, del consenso acumulado que ostentaría como principal ventaja una flexibilidad suficiente como para acompañar los incesantes cambios tecnológicos5. Desde nuestra mirada, no podemos ocultar nuestra desconfianza con esta tesis para nada ingenua, que parece encerrar intereses políticos y económicos fuertemente arraigados6. La última posibilidad, además del gran tribunal internacional que llevaría evidentemente mucho tiempo en conformarlo y ponerlo en funcionamiento, es decir la otra alternativa para solucionar las disputas de Internet, las ciberdisputas, es el arbitraje aplicándose en su caso las normas establecidas en los reglamentos de los centros especializados, que de más está decir, suelen regular lo relacionado con la ley aplicable procesal y de fondo por los árbitros para dirimir las disputas7.

III. JUEZ COMPETENTE EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL ELECTRONICA

En materia de jurisdicción internacionalmente competente, la jurisprudencia norteamericana supo distinguir entre los criterios atributivos de jurisdicción basados en la aplicación de la "personal jurisdiction", para los casos civiles ocurridos en el cyberspace, así como el desarrollo de los conceptos de "contactos mínimos" y "fair- play and substancial justice", establecidos en ya célebre caso International Shoe.

En cambio en los casos penales, se requiere la "phisical presence" en el estado del foro y en los casos civiles en los que se discute sobre los bienes del demandado puede surgir la *"in rem* jurisdiction”8, y a su turno, también se estableció que no resultaba aplicable la ley del principal lugar de sus negocios en el fallo "Rannoch, Inc. v. Rannoch Corporation”, según el cual se consideró que el mero hecho de que la página web se encuentre territorialmente en Virginia no es base suficiente para fundar la jurisdicción *in personan* debido a que no hay suficiente evidencia de que las actividades de Internet sean directamente dirigidas a Virginia o que sólo usen ese web site los allí residentes9. A su vez, se ha desarrollado la doctrina de los *contactos mínimos*, conforme con la cual el demandado puede estar sujeto a la jurisdicción específica o general *in personan* en el estado del foro, mas para afirmar la jurisdicción general, el actor debe demostrar que sus actividades son el resultado directo de su relación con el foro, que la demanda deriva de un foro

5 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”. Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky. Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración **www.eldial.com**. Septiembre de 2005.

6 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”. Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky. 2004. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración **www.eldial.com**. Septiembre de 2005.

7 Pueden verse algunas experiencias interesantes como el Magistrado virtual, en Estados Unidos, así como el Cibertribunal Peruano, **www.cibertribunalperuano.org** o Asociación Española de Arbitraje Tecnológico – **www.onnet.es**.

8 Pueden verse la secuencia de fallos que se iniciaron con los casos Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997); Agar Corp. v. Multi-Fluid, Inc., 45 U.S.P.Q.2d (BNA) 1444 (S.D. Tex. June 25, 1997). American Network, Inc. v. Access America/Connect Atlanta, Inc., 975 F. Supp. 494 (S.D.N.Y. 1997). Bensusan Restaurant Corp. v. King, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), aff'd, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997),.

9 ”52 F.Supp.2d 681, ED Va.1999.

donde el demandado realiza sus actividades y se trata del ejercicio de una jurisdicción que ha de ser justa. Asimismo, se ha desarrollado la doctrina de *" long - arm*", que permite que el tribunal ejerza jurisdicción personal con respecto a no residentes en aquellas acciones donde el actor aunque no residente ha realizado alguna actividad, algún negocio en ese territorio10.

Así los tribunales han elaborado la noción de "contactos mínimos" empleando las siguientes pautas:

a) Que el demandado no residente debe haber obtenido beneficios derivados de una relación interactiva con residentes del estado del foro;
b) Que la pretensión articulada debe surgir de las actividades del demandado en el estado donde se inició la demanda;
c) Que el ejercicio de la jurisdicción personal no atente contra las nociones tradicionales de equidad y justicia.
d) Que un demandado no residente puede ser sometido sea a la que se denomina jurisdicción general o bien, a la llamada jurisdicción específica. La primera se da cuando el demandado ha desarrollado actividades de forma continua y habitual en el territorio, mientras que la segunda se presenta cuando el demandado tiene uno o más contactos con el estado y dichos contactos han dado lugar a la pretensión articulada en la demanda.
e) Que para decidir ha distinguido en la materia si el demandado se amparó en los beneficios del estado del foro, centrando el análisis en la distinción entre sitios interactivos o pasivos. La más autorizada doctrina norteamericana tiene dicho que la mera publicación de un sitio web en INTERNET- sea pasivo o interactivo- no puede resultar suficiente a los fines jurisdiccionales. En efecto, marca la diferencia existente entre la publicidad gráfica, televisiva o radial que se proyecta de forma indiscriminada sobre el consumidor, mientras que el usuario de la red debe realizar actos positivos a fin de acceder al mismo, a la información, a los servicios ofrecidos. Se han declarado competentes los tribunales norteamericanos, específicamente los de California al sostener que la realización de negocios a través de INTERNET era suficiente para determinar la competencia, agregando que no hay impedimento alguno para sostener que los mentados contactos mínimos no puedan ser electrónicos. Sin embargo, cabe observar que casi en todas las oportunidades los tribunales tuvieron en cuenta el grado de interactividad entre los usuarios y el sitio para determinar la pertinente competencia.

IV. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE JURISDICCIÓN

Dentro de esta misma orientación puede ubicarse la posibilidad de que sean las propias partes, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad quienes seleccionen la ley aplicable y la jurisdicción a través de cláusulas contractuales insertas, vinculadas con sus transacciones internacionales. Mas, tampoco podemos llegar a la ingenuidad, a la incredulidad de pensar que los

10 Ohio Rev. Code 2307.382(a) (Anderson 1995).

contratos celebrados por vía electrónica escapan a las cláusulas abusivas, de mera adhesión impuestas por quienes poseen verdadero poder de negociación que estarán llamados a reinar, a dominar si seguimos pensando en que Internet es un espacio virtual, ajurisdiccional, inalcanzable para los derechos estaduales11.

En este sentido vale la penar tomar en consideración que en la jurisprudencia norteamericana, parece consolidarse la doctrina que se inclina por la validez de las cláusulas de elección de jurisdicción aceptada mediante *click-wrap*, por la pulsación o cliqueo del ratón de la computadora. De esos fallos conviene extraer la doctrina que puede ser sumamente útil para nosotros que señala, que la invalidez de las cláusulas solamente procede cuando son el resultado del dolo o de un poder de negociación desmesurado, o su ejecución implicaría la violación de políticas públicas esenciales, entre otros.

V. SOLUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

A. LEY APLICABLE

a. Autonomía de la voluntad

Cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma electrónica, la principal distinción que cabe tener en cuenta es acerca de la naturaleza de las partes en disputa. Evidentemente no resulta lo mismo una controversia en B2B que en B2C. En el primer caso se puede tratar de partes suficientemente sofisticadas, en cualquier caso empresas que no son “consumidores” (es decir, usuarios finales, sin una finalidad comercial). Ello permite pensar que se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que las legislaciones suelen poseer normas que amparan al consumidor (leyes de defensa del consumidor) y en ocasiones, cuando se trata de arbitraje entre el comerciante electrónico y el consumidor lo sujetan a ciertas condiciones de aceptación muy especiales. En esta hipótesis consideramos que deben diferenciarse claramente ambas hipótesis y que en el caso de B2B deberían propiciarse instrumentos, herramientas contractuales que prevean perfectamente la eventualidad de controversias. Tal como lo hemos señalado en numerosas oportunidades, el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra ignorado por Vélez Sársfield en el Código Civil Argentino, rechazado por el Tratado de Montevideo de 1940 y finalmente consolidado tanto por la doctrina como la jurisprudencia argentinas12. Ahora bien, un tema de debate constituye el alcance de la regla, dado que habrá quienes puedan considerar que las partes se encuentran en libertad tal como para prescindir de ciertos requisitos legales de forma

11 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L, “Arbitraje electrónico: una solución para y por Internet”, en Revista de Derecho Comercial. Temas y actualidades. DEcita. 02.2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia.

o de autenticación de menor fiabilidad que la firma electrónica, que constituye como todos sabemos, la norma mínima de fiabilidad que se reconoce en la materia.

b. Ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión claramente problemática es la fijación del lugar de su celebración. Por ende, no resulta de toda conveniencia el sujetar el contrato de conformidad con ese criterio atributivo de ley aplicable. El otro criterio posible, el del lugar de ejecución del contrato, es menos problemático, pero cabe preguntarse acerca del lugar del cumplimiento de qué prestación, de que obligación contractual. Por ello, también aquí han aparecido los criterios de conexión flexibles, tales como sujetar al contrato a la ley del domicilio del prestador más característico del contrato o bien, a la ley del cumplimiento de la prestación más característica del contrato electrónicamente celebrado. Esta última corriente, nos parece observar que es la que cuenta con mayores adeptos13.

c. La lex mercatoria

Existe la creencia por una parte considerable de juristas acerca de la falta de aptitud del derecho internacional así como del derecho nacional para procesar, para solucionar de manera eficiente, las disputas ocasionadas en el área de las transacciones internacionales. Desde esta mira, por cierto escéptica, ni los derechos estaduales ni el derecho internacional ofrecen un sistema lo suficientemente adecuado, apto como para responder a las expectativas de las partes. De allí, resulta imprescindible para esta corriente de pensamiento, impulsar, revitalizar, redescubrir, reinventar la idea sobre la existencia así como la autosuficiencia de una suerte de tercer orden jurídico denominado "*lex mercatoria"14.* Para sus acérrimos como vigorosos mentores, la aplicación de la *lex mercatoria* brinda una suerte de solución completa, total en materia sobre todo, de arbitraje en contratos internacionales. Porque no mágica. Sus defensores como aves agoreras, como intérpretes de un remozado oráculo, han llegado a advertir al mundo acerca del futuro incierto del derecho internacional privado al permitirse sostener que "...el efecto de la *lex mercatoria* amenaza la existencia del derecho internacional privado porque una vez que emerjan las normas supranacionales, las reglas y los principios del derecho internacional privado se volverán superfluos" o bien, cuando pletóricamente llegan al paroxismo al proclamar que "...una de

---

12 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000. De la misma autora, *Contratos Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

13 Sobre la prestación más característica puede verse FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000. De la misma autora, "La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7 sobre "Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR", Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.

14 Ver trabajo FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "La lex informatica: La insoportable levedad del no ser". Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky. Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración **www.eldial.com**. Septiembre de 2005.

las finalidades de la *lex mercatoria* es eliminar la búsqueda de la propia ley del contrato o, en general, las normas de conflicto de leyes"*15*.

Podemos válidamente volver a preguntarnos, por qué razón las partes en las transacciones internacionales, habrán de desear quedar sujetas a la *lex mercatoria*, cuando de la lista de prácticas, costumbres, usos, principios generales del comercio internacional que la conforman, no hay uno sólo que no pueda ser encontrado en los ordenamientos jurídicos estatales. O lo que es lo mismo pero dicho de otro modo, no podemos alcanzar a comprender cómo puede concebirse que una lista de principios, usos, costumbres generados, tomados, derivados de los ordenamientos jurídicos estatales pueda servir de base para la presunta creación de un conjunto uniforme de reglas de derecho sustantivo que pretende autoerigirse en una suerte de derecho transnacional, supranacional, anacional, autónomo, privativo.

Desde nuestra mirada, consideramos que la *lex mercatoria* no es un sistema jurídico, es decir un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente. Por lo tanto, proponemos que sea considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales16.

B. JURISDICCIÓN Y ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

Habrá que discernir si las soluciones existentes del derecho internacional privado argentino en este aspecto pueden ser aplicables al ámbito de INTERNET17.

En primer lugar, cabe observar que en materia de jurisdicción internacional el derecho argentino de fuente interna admite la prórroga, la cual puede ser válidamente celebrada antes, durante o después del estallido de la disputa, según surge del artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con tal que se encuentren reunidas las siguientes condiciones:

1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial,
2) Que se trate de cuestiones de índole internacional.
3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, que la jurisdicción de los tribunales argentinos sea exclusiva.

Paralelamente, en ausencia de pacto resultan aplicables los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que consagran en materia contractual, los foros alternativos, del domicilio del demandado o del lugar de ejecución del contrato, habiendo dado lugar su interpretación a una abundante como

15 Ver trabajo citado: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”. Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky. Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración **www.eldial.com**. Septiembre de 2005.

16 Puede verse un mayor desarrollo en la obra citada en nota anterior.

17 Coincidimos con quienes ven Internet como un mero instrumento (Gregorio KLIMOVSKY, LA NACION, Buenos Aires, 6 Agosto del 2000).

esclarecedora jurisprudencia. Baste recordar entre los más célebres casos Espósito, Quilmes Combustibles, INTA, entre tantos otros.

En el ámbito convencional los célebres Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales estatales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato. En su caso, si bien admiten la prórroga la limitan en el tiempo ya que no podrá celebrarse sino post litem, vale decir, después del estallido de la controversia, como solución congruente con un contexto internacional poco proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad.

En el ámbito específico del MERCOSUR el Protocolo de Buenos Aires que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual, establece la jurisdicción de los tribunales del estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del estado del domicilio del demandado, o el tribunal del estado del actor si prueba que cumplió con la obligación a su cargo. En materia de acuerdo de elección establece que se puede pactar antes, durante o después del estallido de la controversia, en forma escrita. A su turno acepta que el acuerdo de elección recaiga sobre un tribunal arbitral bajo idénticas condiciones.

En el ámbito universal, cabe recordar que en el derecho argentino la Convención de Nueva York de 1958 establece que la cláusula arbitral habrá de ser celebrada por escrito. Este delicado aspecto se presenta como una cuestión que requiere de rápidas respuestas, caso contrario puede llegar a constituirse en un obstáculo para el desarrollo del comercio electrónico. Por su parte, UNCITRAL se encuentra abocada a lograr una actualización de las definiciones contenidas en las convenciones internacionales, y se ha pensado que ello habrá de canalizarse a través de un acuerdo interpretativo que en forma simplificada precise, complete términos tales como documento, firma, escrito que aparecen en los instrumentos internacionales en vigor para adaptarlos a los requerimientos de los tiempos actuales.

VI. NUESTRAS PROPUESTAS

En este sentido, nuestra reflexión está encaminada a despertar la imaginación y lograr aproximarnos a un tema novedoso, atractivo, donde habrá que responder, entre muchos otros temas, si en caso de seleccionarse la jurisdicción mediante cláusulas insertas en los contratos entre usuarios y proveedores de servicios, y entre los consumidores y comerciantes en INTERNET, habrá que considerar seriamente las necesarias limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, para evitar que en el cyberespacio se instale el dominio de los poderosos.

Nuestras reflexiones y propuestas sobre esta delicada cuestión son:

1) El espacio virtual, es un ámbito con ciertas características particulares, si bien no extraño a la regulación jurídica, que implica un gran desafío para legisladores y autoridades judiciales. Se está ante un fenómeno que forma parte de la realidad y que precisa convertirse en parte del orden jurídico, del derecho. En este sentido, podrán ser los

Estados o los propios usuarios quienes deberán tomar la iniciativa en la determinación de las reglas para así contribuir a su formulación.

2) La accesibilidad y la facilidad de la realización de las transacciones electrónicas precisa de un entorno que asegure la protección de la información enviada por el comprador al vendedor, entre otros contratos posibles.
3) Los especialistas de Derecho Internacional Privado tendremos que asumir una vez más, con seriedad, con imaginación la responsabilidad necesaria para atender un fenómeno que ha revolucionado el mundo de los negocios.
4) La doctrina y la jurisprudencia tradicionales, tanto nacional como extranjera, en materia de jurisdicción internacional, deben adaptarse, adecuarse a los cambios rotundos, redefiniéndose los puntos de conexión tradicionales, permitiendo la solución de las disputas mediante modalidades como el arbitraje, consolidando los mecanismos de cooperación y asistencia jurídica, pero siempre atendiendo a la modalidad del comercio electrónico, que por su propia esencia reafirma la existencia, la necesidad de recurrencia a nuestra anciana, pero aún plena de vitalidad rama del derecho.
5) El arbitraje comercial internacional se adapta a las exigencias de INTERNET en la búsqueda de la solución de las disputas ocasionadas en esa esfera, siempre que se garanticen debidamente los derechos de los justiciables.
6) En materia de elección del foro, ya sea judicial o arbitral, habrá que discernir si las cláusulas electivas celebradas por INTERNET para llenar el requisito de la forma escrita exigirán una confirmación escrita por correo electrónico.
7) Otra probable solución, puede tener lugar a través de la cooperación, de la asistencia jurisdiccional en la materia, no descartando la armonización legislativa entre los Estados, mediante la celebración de convenios internacionales que contengan criterios uniformes no solamente en materia de jurisdicción internacional, sino además en un tema de suma importancia como es el relacionado con el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales dictados en el ámbito de INTERNET.
8) En materia de ley aplicable, una solución posible, ante la inexistencia de regulación específica y frente a la ausencia de elección por las partes, es recurrir a los criterios tradicionales en materia de contratos internacionales provenientes del Derecho Internacional Privado.
9) El principio de autonomía de la voluntad, resulta, a todas luces, aplicable a los contratos internacionales electrónicos, en particular en aquellos celebrados bajo la modalidad B2B. En cambio, deberá encontrar mayores límites en lo que respecta a los contratos B2C.
10) La *lex mercatoria*, ahora también llamada *lex informatica* en el ámbito de Internet, puede llegar a constituirse en un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para colmar las lagunas existentes, pero no podría erigirse en un sistema jurídico idóneo para resolver

las diversas cuestiones que se pueden suscitar en torno de los contratos internacional celebrados por vía electrónica.

LA CONVENCIÓN SOBRE UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UN AVANCE HACIA LA ARMONIZACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCION

Dentro del contexto internacional, existen fenómenos propios de la postmodernidad capaces de generar nuevas fuentes de ingresos, como acceder a inexplorados mercados, y hasta impulsar la concreción de negocios innovadores.

En esta oportunidad pretendemos aproximarnos a una cuestión que por su propia naturaleza señaladamente internacional, por la multiplicidad de aristas que se abren en forma de abanico de posibilidades, tiene la suficiente aptitud para estimular la imaginación del observador, del analista. Nos introduciremos en el área del comercio electrónico que tal como resulta sabido incluye bajo tal denominación tanto el denominado comercio electrónico indirecto (pedido electrónico de bienes tangibles, materiales) como el directo (entrega en línea de bienes intangibles, inmateriales).

La aparición del comercio electrónico ha obligado a los juristas tanto a replantearse un sinnúmero de cuestiones en torno del comercio tradicional, como a tratar de solucionar los problemas que han surgido relacionados entre tantísimos otros, con la validez legal de las transacciones y contrataciones sin soporte papel, la protección de los derechos de propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a la publicidad engañosa o no deseada, el fraude, los contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales, la inseguridad de las transacciones y medio de pagos electrónicos, la proliferación de protocolos de comercio electrónico incompatibles, el control de las contrataciones internacionales, el cobro de impuestos; y sobre todo, la que constituye el centro de este trabajo que es la necesidad de impulsar, propender la armonización legislativa en las áreas integradas. Precisamente en esta ocasión nos limitaremos a abordar dentro del vastísimo campo del comercio electrónico, solamente algunos aspectos relacionados con el uso de las comunicaciones electrónicas en la contratación internacional, y particularmente nos centraremos en las recientes obras de armonización legislativa que han aparecido en los foros internacionales llamados, dedicados a facilitar, a fomentar la convergencia del derecho comercial internacional.

Se ha constatado que en los últimos años ha habido una revolución en la tecnología de la comunicación electrónica y que el rápido desarrollo del intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico y la Internet cambiaron radicalmente la forma de hacer transacciones comerciales, que los medios de comunicación electrónicos crean nuevas oportunidades comerciales y también nuevos desafíos.

Téngase presente que solamente en América Latina durante 2005 las ventas on line superaron los 4.300 millones de dólares en toda la región.[1] Entre las causas que se han señalado para este exponencial crecimiento, además de la masiva incorporación de los jóvenes al consumo, encontramos el aumento de la penetración de internet, la masificación de los medios de pago electrónicos, la profundización de la oferta de productos y servicios online, y la reducción del temor de los usuarios a ser víctimas de un fraude o que sus datos personales sean mal utilizados.

En suma, se considera que dar cabida al rápido progreso del comercio electrónico en la estructura jurídica y técnica es un desafío para los interesados, ya que para que los posibles operadores puedan aprovechar al máximo las ventajas de estos sistemas de comunicación es necesaria una base legal adecuada.

Por nuestro lado, partimos en este trabajo de la hipótesis que afirma la existencia de una íntima vinculación entre la promoción de las inversiones, el desenvolvimiento del comercio en el ámbito internacional y la transparencia de las reglas que los gobiernan.

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

En este aspecto conviene comenzar por acotar el marco conceptual definiendo, algunos términos elementales para la comprensión de la compleja cuestión que tratamos:

- **ARMONIZACION LEGISLATIVA:** Es el proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas. Doctrinariamente podemos diferenciar:

  a) Coordinación: Consiste en efectuar algunas modificaciones en las legislaciones internas buscando únicamente marcar líneas generales comunes.

  b) Aproximación: Consiste en un escalón más alto en la relación de las legislaciones internas, y se realiza a través de la búsqueda de líneas específicas, particulares comunes.

  c) Armonía legislativa: Consiste en la coincidencia de las reglas electivas de leyes entre dos o más soberanías legislativas para solucionar los casos de derecho internacional privado, las cuestiones derivadas de las relaciones jurídico internacionales. Se llaman reglas de derecho internacional privado, normas indirectas, de conflicto, reglas electivas de leyes, porque precisamente dan el camino para encontrar la ley aplicable. Se trata de un procedimiento, de una técnica de uniformidad parcial. Por ende ella puede coexistir con la disparidad de leyes, porque consiste solamente en la identidad de reglas o de sistema de derecho internacional privado indirectas. Este medio ha sido empleado, con pocas excepciones, por los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y por el Código de Bustamante de 1928, ambos en vigor.

  d) Uniformidad legislativa: Consiste en la coincidencia no sólo de las reglas electivas sino de las leyes mismas a las cuales esas reglas encaminan. El derecho uniforme como vía, es

[1] Extraído de un Informe publicado en la *Revista América Economía*. 21 de septiembre 2006.

quizás la técnica de mayor profundidad, de mayor intensidad, y perfección, pero también la más difícil y más delicada. No obstante cada día resulta más frecuente alcanzar una uniformidad legislativa, sobre todo por vía convencional, en áreas específicas del derecho comercial internacional. Si bien la mayor parte de las reglas constitutivas del sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna y de fuente convencional pertenecen a la esfera de las reglas electivas, en el campo del derecho comercial internacional, en gran parte, la estabilidad y la seguridad internacional de los derechos se realizan mediante la uniformidad legislativa. La Convención de La Haya sobre la Letra de Cambio; la Convención de Berna sobre Transporte Terrestre corroboran esta afirmación; ya que contienen reglas de derecho uniforme que rigen directamente la relación jurídica internacional abarcada por sus disposiciones. En el campo del derecho internacional privado de la integración puede emplearse el vocablo como sinónimo de unificación legislativa, que implica la sustitución del derecho estadual por el derecho unificado que no admite, no da margen a las disparidades legislativas nacionales. Por nuestra parte, en este trabajo, emplearemos el término "armonización" en un sentido amplio.

- **PERTINENCIA Y OPORTUNIDAD DEL AREA A ARMONIZAR:** La pertinencia se vincula con la necesidad para el logro de los objetivos perseguidos. En el Informe Spaak, que debe su nombre a quien fuera el Ministro de Relaciones de Bélgica quien presidió el Comité intergubernamental encargado de elaborar el informe que desencadenó las negociaciones entre los Estados Miembros de la CECA, se aludió a esta cuestión diciendo que: "...la armonización o una mayor aproximación de las legislaciones nacionales en el conjunto de ámbitos cubiertos por la Unión Europea, en la medida que esto sea necesario dentro del marco de la consecución de los objetivos de ésta".
- **COMERCIO ELECTRÓNICO:** Jurídicamente la definición del comercio electrónico es intrínsecamente determinante como elemento de delimitación del campo conceptual sobre el que versa, que a su vez incide directamente en los aspectos regulatorios, pues determina el campo de acción y los limites de estos. La creciente importancia que tiene el comercio electrónico, ha suscitado una proliferación de definiciones que ha dado lugar que se analicen por lo menos dos grupos:

a) CONCEPCIÓN AMPLIA

• Comercio electrónico es hacer negocios electrónicamente.

• Comercio electrónico son todas las formas de transacciones comerciales que se basen en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados.

• Comercio electrónico es la capacidad para compradores y vendedores de conducir negocios y/o intercambiar informaciones en tiempo real en interacciones humanas.

Estas definiciones son muy amplias porque abarcan toda clase de transacciones electrónicas comerciales, incluyendo transferencias de fondos electrónicos, pagos con tarjeta de crédito, y

también las actividades de la infraestructura que apoyan estas transacciones. No obstante de que se las critica por esa desmedida amplitud, se lo hace fundamentalmente porque no reconocen las nuevas formas de comercio electrónico, es decir, las transacciones comerciales realizadas a través de redes abiertas (Internet), limitándose a las transacciones electrónicas en sí mismas, sin referirse también al espíritu de esta clase de negocios (ciberespacio, mercado virtual, entre otros).

b) CONCEPCIÓN RESTRINGIDA

Dentro de este grupo tenemos a las definiciones propuestas por las más importantes instituciones y foros de negocios internacionales:

• La Organización Mundial del Comercio, ha adelantado su posible definición: “El comercio electrónico comprende aquellos productos que son comprados y pagados en Internet pero son entregados físicamente, y productos que son entregados bajo la forma de información digitalizada sobre Internet”

• La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), propone la siguiente definición: “el término comercio electrónico refiere generalmente a transacciones comerciales, envolviendo organizaciones e individuos, basadas en el proceso y transmisión de datos digitalizados, incluyendo texto, sonido e imágenes visuales y que son transmitidas por redes abiertas (como Internet) o cerradas (como es el caso de AOL o Minitel)”.

• El observatorio Europeo de tecnologías de la información (EITO), propuso en 1997 la siguiente definición: “El comercio electrónico es la conducción de asuntos que implican un cambio de valor a través de las redes de telecomunicaciones”.

• La Comisión Europea en 1997 propuso la siguiente definición: “Comercio electrónico es aquel que permite hacer los negocios electrónicamente y está fundado sobre el tratamiento electrónico y la transmisión de datos, comprendiendo textos, sonidos y video. Cubre actividades múltiples y diversas, correspondiendo al comercio de bienes y servicios, la liberación en línea de informaciones numéricas, transferencias electrónicas de fondos, actividades bursátiles electrónicas, transferencia de conocimientos electrónicos, subastas comerciales, concepción y elaboración en ingeniería, mercados en línea, mercados públicos, venta directa a los consumidores y la prestación de servicios postventa. Concierne tanto a los productos (bienes de consumo, equipo médico especializado, por ejemplo) como a los servicios (servicios de información, servicios financieros, entre otros), las actividades tradicionales. (servicios de salud, enseñanza) y actividades nuevas (centros comerciales virtuales, por ejemplo)".

De lo dicho se puede llegar a una construcción tentativa de una definición de comercio electrónico como *“aquella modalidad de comercio en la que la mediación entre la oferta y la demanda y el perfeccionamiento de las transacciones entre ellas se realiza a través de medios digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, en un mercado virtual que no posee límites geográficos (fronteras) ni temporales y no tiene una ubicación determinada, por que se encuentra en el ciberespacio”.*

- **CONTRATOS INTERNACIONALES:** Se entiende por tal a aquel que, sea en su conformación, desarrollo o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado.
- **CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES O CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL:** Se entiende por tal aquel contrato internacional que se celebra mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos.[2]
- **LEY APLICABLE:** Se refiere tanto a la ley aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia, como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido. [3]
- **LEX ELECTRONICA:** Se entiende por tal al conjunto de usos, costumbres, principios del comercio internacional electrónico.[4]
- **JURISDICCIÓN INTERNACIONAL:** Se entiende por tal a una noción comprensiva de varios aspectos: a) el poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida (jurisdicción directa), b)el poder de un tribunal extranjero de producir un fallo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en otros (jurisdicción indirecta) y c) la prórroga de jurisdicción, ya sea a favor de tribunales judiciales o arbitrales.[5]
- **ARBITRAJE INTERNACIONAL:** Se entiende por tal al método heterónomo de solución de controversias que exceden el marco de un Estado.[6]

---

[2] Ampliar en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador,* Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot, 1995, ps. 11-49; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., SCOTTI, Luciana B., RODRÍGUEZ, Mónica S., y MEDINA, Flavia, "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 17, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 24 de febrero de 2006.

[3] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

[4] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005; *Contratos internacionales, Tercera Parte: Lex Mercatoria,* Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot, 1995, ps. 137 – 214.

[5] Ver sobre jurisdicción internacional, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L.,"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Buenos Aires, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, 207-221, *Jurisdicción internacional en materia contractual*, en ALTERINI, Atilio A. (dir.*), Colección Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot, 1995.

[6] Ver FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet", en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004; "Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

III. ESPACIOS INTEGRADOS Y ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES: EL CASO DEL MERCOSUR [7]

El anudamiento de relaciones jurídicas internacionales entre los pueblos que conforman los espacios integrados, precisa de la formulación de reglas jurídicas básicas para brindar seguridad jurídica a quienes despliegan transacciones internacionales, negocios internacionales dentro del área.

La armonización legislativa es el estadio en que habría un mínimo de divergencias significativas entre los derechos estaduales, entre sus postulados y las convergencias son más amplias, facilitando la solución de controversias que envuelven los ordenamientos jurídicos involucrados. Es según entendemos, procurar que no esté en contradicción dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin, propiciando aquellos cambios en los ordenamientos internos para crear una similitud que facilite el proceso de integración.

Por ello, no debe sorprendernos que toda vez que se presenta la cuestión de la integración económica regional surge, de manera casi automática, la cuestión acerca de la armonización o la aproximación de las legislaciones nacionales. A veces se emplea el término aproximación, que es precisamente el utilizado en el Tratado de Roma (Art.100), así como por el Parlamento Europeo en la Resolución del 15 de noviembre de 2001 sobre aproximación del derecho civil y comercial de los Estados miembros, y también en el Plan de Acción sobre Derecho Europeo de los Contratos, publicado por la Comisión del 12 de febrero del 2003.

Por su parte, cuando el 26 de marzo de 1991 se firmó en Asunción el tratado constitutivo del Mercado Común del Sur, la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, es decir, los Estados Partes, sentaron las bases para la creación de un mercado común, estableciendo en su artículo 1º los medios para la consecución de este objetivo, garantizando las libertades de circulación de mercaderías, de personas, de servicios y de capitales. La libre circulación implica un intercambio fluido entre los Estados partes, que necesita, precisa la armonización de las leyes en las áreas pertinentes, y tal

[7] Sobre armonización legislativa en el MERCOSUR, puede verse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., "Armonización legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 16, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 25 de noviembre de 2005; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, "El Derecho Internacional Privado y los Procesos de Integración Regional*",* en *Revista Síntesis Forense del Colegio de Abogados de San Isidro* N° 85; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Armonización Legislativa en áreas integradas" *en Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 199 y ss; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, MEDINA, Flavia, BÁEZ PEÑA, Vera, SCOTTI, Luciana, CÁRDENAS, Yamila, "Armonización legislativa en materia societaria en el Mercosur: una necesidad o una quimera?", ponencia presentada para el XLI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, celebrado los días 28 y 29 de abril de 2005, en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en *Libro de Ponencias* y en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 10, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 30 de mayo de 2005; FELDSTEIN De CÁRDENAS, Sara, "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el

como se estipula en el artículo 1º en su parte final “el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones, en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

Así, en el marco de nuestro bloque subregional surge la necesidad de elaborar soluciones que, acordes con los propósitos de las partes, hagan de las normas instrumentos funcionales y ágiles destinados a facilitar y reglar las relaciones que se anudan dentro del ámbito del MERCOSUR. Precisamente, uno de los instrumentos para alcanzar tal objetivo es la armonización legislativa, que como resulta sabido, no constituye un fin en si misma, sino que es uno de los medios que en el ámbito jurídico se cuenta para atenuar las disparidades legislativas entre los Estados.

En este sentido, más allá de la técnica que se emplee a fin del logro de la armonización legislativa, lo cierto es que no puede olvidarse que los Estados Partes del MERCOSUR, comparten una cultura jurídica de raigambre neo-romanista en el campo del derecho privado, un marco institucional de corte netamente liberal, original y fundamentalmente inspirado por el constitucionalismo norteamericano, y un compromiso internacional con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.[8]

IV. ARMONIZACIÓN Y ÁREAS PERTINENTES

La armonización debe ser realizada en función de las exigencias del estado de avance del proceso y de modo tal que abarquen aquellas diferencias que tienen o puedan llegar a tener incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del mercado común. Por tanto, las áreas pertinentes que los Estados miembros del MERCOSUR deben procurar armonizar, a fin de cumplir con el compromiso asumido en el artículo 1º del Tratado de Asunción, son aquellas estrechamente vinculadas a la consecución de los objetivos previstos para el espacio integrado.

En este sentido es necesario alcanzar la armonización legislativa en múltiples áreas que son pertinentes para el fortalecimiento del proceso. En efecto, desde que un mercado común tiene por objetivo suprimir las fronteras para permitir la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, es evidente que las áreas a ser armonizadas son numerosas. Algunos de estos ámbitos se relacionan con la política económica - comercial del bloque y otros se encuentran vinculados directamente con el Derecho Comercial Internacional. Entre las áreas más destacables podemos mencionar el derecho de la competencia, el régimen de los contratos internacionales, el régimen del comerciante, de las sociedades comerciales y de los grupos económicos, la regulación de los procedimientos de insolvencia transfronteriza, los métodos alternativos de resolución de controversias, las medidas de protección a los consumidores, la propiedad intelectual, las inversiones extranjeras como así también el derecho procesal internacional: la jurisdicción internacional en materia de cooperación y auxilio jurisdiccional entre los Estados que conforman el

---

Mercosur?", *Libro de Ponencias* IX Jornadas Becarios e Investigadores. Universidad de Mar del Plata. Editorial Suárez. 2002.

[8] GARRO, Alejandro M. *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos tendencias y realidades.*

espacio integrado, la posibilidad de cumplimiento de medidas cautelares que dictadas en un Estado puedan ser trabadas en otros; el recíproco reconocimiento y ejecución de las decisiones jurisdiccionales.

A esta altura, cabe preguntarnos entonces, si el comercio electrónico y en particular la contratación electrónica regional son también áreas pertinentes que en los términos del artículo 1º del Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, deben ser armonizadas.

V. PANORAMA DE LAS REALIZACIONES EN LOS FOROS INTERNACIONALES

Algunas de las iniciativas de prestigiosos foros internacionales que debemos tener presentes tendientes a la armonización en materias de comercio electrónico son:

- En el ámbito del Derecho de la Navegación, encontramos las reglas del Comité Marítimo Internacional (C.M.I) para los conocimientos de embarque electrónicos. El objeto de estas reglas es establecer un mecanismo para reemplazar el conocimiento de embarque en papel negociable tradicional, por el electrónico. Se trata básicamente de reglas voluntarias y su utilización requiere un acuerdo entre los socios comerciales.
- El Proyecto Bolero tiene por objetivo crear una plataforma para el intercambio seguro de documentación de comercio electrónico a través de una aplicación de datos central a cargo de la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT), cooperativa de bancos encargada de la transmisión de mensajes de pago interbancarios y del Through Transport CLUB, (TTtclub), compañía de seguros mutuos que representa a porteadores, agencias de transporte, operadores de terminales y autoridades portuarias. Es otra de las iniciativas dirigidas a reproducir por vía electrónica el conocimiento de embarque negociable tradicional. Tuvo su origen en 1992 e inicialmente recibió alguna financiación de la Unión Europea.
- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es una de las organizaciones internacionales más activas en la promoción del comercio electrónico, intentando generar confianza y reducir incertidumbre en la legislación, en el sentido de promover la colaboración internacional para minimizar las diferencias entre países en el marco legal del comercio electrónico, incluyendo impuestos, aranceles y derechos de propiedad intelectual.[9]
- La Cámara de Comercio Internacional (CCI) tiene en marcha el Proyecto ECP (Electronic Commerce Project), cuyo objetivo es definir buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas. En él participan especialistas de diversos campos (telecomunicaciones, banca, transporte) y se centra, entre otros puntos, en las denominadas reglas de procedimiento y negociación en transacciones electrónicas, cuya misión es adaptar las reglas existentes para las transacciones basadas en documentos en papel a las transacciones electrónicas, además de sacar partido de las nuevas posibilidades

[9] Puede consultarse la página oficial de la OCDE: http://www.ocde.org.

que ofrece Internet para simplificar los procedimientos tradicionales, las herramientas necesarias para la elaboración de contratos electrónicos y la elaboración de reglas y cláusulas que pueden incorporarse en estos contratos. Incluye tres grupos de trabajo, uno, sobre prácticas de comercio electrónico, que debe elaborar un marco regulador para los pagos del comercio electrónico; el segundo, de seguridad de la información, que ha elaborado un conjunto de directrices, tituladas General Usage in International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC), para aumentar la capacidad de los comerciantes internacionales de ejecutar transacciones seguras; el tercero, de términos electrónicos, que está elaborando un nuevo servicio de la CCI, que ofrecerá un depósito central para los términos jurídicos aplicables a las transacciones electrónicas.[10]

- La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO), mantiene un servidor web sobre comercio electrónico e impulsa los convenios internacionales en esta materia.
- El 20 de mayo de 1998 la Organización Mundial del Comercio (OMC) adoptó la Declaración sobre el comercio electrónico mundial en el Segundo Período de Sesiones de la Conferencia ministerial celebrada en Ginebra, 18 y 20 de mayo de 1998, por la cual se reconocieron expresamente las nuevas oportunidades que brinda la expansión del comercio electrónico y en tal sentido, se previó la elaboración de un programa de trabajo sobre este tema. Además se decidió que los Miembros mantendrán su práctica actual de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas. Asimismo el párrafo 34 de la Declaración Ministerial de Doha adoptada el 14 de noviembre de 2001 se dedica específicamente al comercio electrónico, en estos términos: "... La labor realizada hasta la fecha demuestra que el comercio electrónico plantea nuevos desafíos y crea nuevas oportunidades de comercio para los Miembros en todas las etapas de desarrollo, y reconocemos la importancia de crear y mantener un entorno favorable al futuro desarrollo del comercio electrónico. Encomendamos al Consejo General que considere las disposiciones institucionales más apropiadas para ocuparse del Programa de Trabajo, y que informe al quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial sobre los nuevos progresos que se realicen. Declaramos que los Miembros mantendrán hasta el quinto período de sesiones su práctica actual de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas."[11]
- La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha organizado diversas conferencias y mesas redondas desde fines de la década del noventa sobre comercio electrónico y derecho internacional privado a fin de analizar los múltiples aspectos que aquél presenta y su incidencia en las normas de nuestra disciplina.[12]
- En la VI Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VI) se adoptó una resolución a través de la cual se recomienda a los Estados

[10] Consúltese http://www.iccwbo.org/
[11] Puede consultarse la página de la OMC: http://www.wto.org.
[12] En la página de la Conferencia de La Haya pueden encontrarse los resultados de tales reuniones: www.hcch.net/

Miembros de la OEA adoptar la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y la de Firmas Digitales. Asimismo, en dicha conferencia se aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Inmobiliarias que contempla el uso de documentos y firmas electrónicas. A su turno, para la CIDIP VII se elaboró una lista provisional de cuatro temas: Protección al Consumidor, Comercio electrónico, Jurisdicción internacional y Responsabilidad Extracontractual. El tema del Comercio electrónico fue propuesto por las delegaciones de Brasil, México, Uruguay, Estados Unidos, Chile y Perú. Dentro de este contexto, se sugirió la elaboración de dos posibles instrumentos interamericanos, uno sobre Títulos Valores y otro sobre Registros Electrónicos.[13] Finalmente los temas que han sido seleccionados son: a) Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo); y b) Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.[14] Para CIDIPs futuras quedaron en agenda dos temas: Comercio electrónico y Responsabilidad civil.

- La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) ya en el año 1985 había adoptado una Recomendación sobre el Valor Jurídico de los Registros Computarizados. Asimismo, elaboró las leyes modelos sobre comercio electrónico (1996)[15] y firmas electrónicas (2001) y recientemente, la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005), sobre la que volveremos más adelante.[16]

VI. LAS REALIZACIONES EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Como ya dijimos, en un espacio integrado, en donde uno de los objetivos principales es la libre circulación de bienes y servicios, la armonización legislativa en materia de comercio electrónico y por ende de contratación electrónica resulta ser una tarea necesaria. Así lo entienden quienes construyen el espacio jurídico de la Unión Europea (UE).

En efecto, el 8 de junio de 2000 la UE aprobó una Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información,[17] en especial el comercio

[13] Cfr. "Informe de avance de la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos sobre el diálogo entre Estados Miembros: Establecimiento de la Agenda de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII)", 21 de diciembre de 2004 (OEA/Sec.G CP/CAJP-2228/04) Disponible en www.oas.org

[14] Cfr. AG/RES. 2065 (XXXV-O/05). Disponible en www.oas.org.

[15] Ver DREYZIN de KLOR, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado,* Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.

[16] Los instrumentos elaborados por la CNUDMI a los que nos referiremos en este trabajo pueden encontrarse en http://www.uncitral.org.

[17] Según la norma comunitaria, "servicios de la sociedad de la información" es todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un

electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento). La norma comunitaria procura evitar obstáculos a la contratación por medios electrónicos, equiparando en cuanto a su validez a esta nueva modalidad con las tradicionales.[18] En sus propios términos: "Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica" (artículo 9).[19]

Su objetivo no es lograr una uniformidad del derecho en la materia sino crear un marco general de tipo flexible. En efecto, los Estados miembros gozan de una gran libertad de transposición de esta Directiva.[20] Asimismo, cabe señalar que la propia norma comunitaria en su artículo 1.4 aclara que no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia.

En principio, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva: a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan la función pública; c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; d) los contratos en materia de familia o sucesiones.

Una de las normas más importantes de esta normativa comunitaria es aquella que intenta dar ciertas pautas para la delimitación del lugar de establecimiento del prestador de servicios. El artículo 2° inciso c define al prestador de servicios establecido como "el prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado". Y agrega: "la presencia y utilización de los medios técnicos y de las

---

destinatario de servicios, es decir, cualquier persona física o jurídica que utilice uno de estos servicios por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible."

[18] Esta Directiva 2000/31/CE complementa a la Directiva sobre firma electrónica que reconoce igual validez a la firma electrónica que a la manuscrita.

[19] Este mandato dirigido a los Estados miembros de la UE es muy semejante al que podemos encontrar en el artículo 11.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

[20] Según el Informe de la Comisión de 21 de noviembre de 2003 (primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE) la transposición en los Estados miembros es satisfactoria. La mayoría de los Estados de la UE cuenta con una ley horizontal sobre comercio electrónico. Así, por ejemplo España ha sancionado la Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE N° 166, 12 de julio de 2002), que como expresa su Exposición de Motivos, tiene por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo. En cuanto a la ley aplicable a este tipo de contratos, la ley 34/2002 en su artículo 26 dispone que: "para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta ley". En relación con el momento del perfeccionamiento del contrato electrónico, el artículo 28 establece que: "el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: el envío de un acuse de recibo ... y la confirmación". En lo que concierne al lugar de celebración, el artículo 29 expresa: los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre

tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios". Al respecto, la doctrina especializada ha dicho que si bien esta disposición no soluciona todas las incertidumbres, establece claramente el criterio económico en disfavor del criterio tecnológico.[21]

Cabe destacar que la Directiva opta por la norma del país de origen o "cláusula del mercado interior". En efecto, el artículo 3° dispone que los prestadores de servicios de la información se someten a la legislación del Estado miembro donde están establecidos. Sin embargo, esta regla tiene excepciones. Efectivamente, la Directiva no se aplica a ciertos ámbitos específicos como derechos de autor y contratos de consumidores.

Asimismo, la norma comunitaria prohíbe a los Estados miembros la imposición a los servicios de la sociedad de la información de regímenes de autorización especiales que no se aplicarían a otros servicios semejantes prestados por medios tradicionales.

Por su parte la directiva analizada establece la obligación de facilitar la identificación del prestador a fin de hacer el proceso contractual más transparente. El objetivo en definitiva es establecer una conexión entre el mundo virtual y el mundo real.[22]

En lo que respecta específicamente a los contratos electrónicos (Sección 3), obliga a los Estados Miembros a velar por que la legislación permita la celebración de contratos de este tipo. Es decir que, entre otras cosas, los Estados están obligados a eliminar de sus normativas internas disposiciones que exigen para la validez del contrato la forma escrita y la firma manuscrita.

En relación con el momento de la celebración del acuerdo de voluntades, la Directiva se limita a imponer al prestador de servicios la obligación de acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica. La norma comunitaria considera recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen pueden tener acceso a los mismos.[23] Distinguida doctrina ha sugerido que de este modo se adoptaría la teoría de la recepción.[24]

Finalmente, esta normativa de la UE dispone que los Estados Miembros deben velar para que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de controversias. [25]

En suma, el análisis de las realizaciones en el ámbito de la Unión Europea, mas allá que no se trata de modelos equiparables, adquiere especial significación cuando se legisle, se enfrente la

---

empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

[21] Cfr. TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.

[22] Cfr. TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, ibídem. Ver artículos 5 (información general exigida a todo prestador de servicios de la información: nombre, dirección geográfica, datos de contacto, entre otros), artículo 6 (información exigida y condiciones que deben cumplir las comunicaciones comerciales en el marco de los servicios de la sociedad de la información), artículo 10 (información exigida y requisitos de los contratos electrónicos).

[23] Cfr. Artículo 11 y ss.

[24] CANDELARIO MACÍAS, Isabel y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa, "El seguro de crédito on line", en *RCE* N° 39, Madrid, 2003, p. 56.

[25] Cfr. Artículo 17 (Solución extrajudicial de litigios).

armonización legislativa en materia de comercio electrónico en el MERCOSUR en virtud del artículo 1° del Tratado de Asunción.

VII. LA LABOR DE LA COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL/CNUDMI)

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2205, del 17 de diciembre de 1966, estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en sus siglas en español) y le confirió el mandato de promover la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional.

A fin de "promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional", la Comisión ha preparado convenciones, leyes modelo, guías jurídicas, guías legislativas, reglamentos, notas sobre ciertas prácticas, y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho comercial que inciden en el comercio internacional.

La CNUDMI organiza su labor a través de grupos de trabajo, formados por miembros de la misma comisión, al que se le encomienda el examen de determinados temas. Estos grupos se encargan de preparar con la asistencia técnica de la Secretaria, los textos que luego evaluará la Comisión. El Grupo de Trabajo IV se dedica al Comercio electrónico.[26]

1. ANTECEDENTES DESTACABLES

Precisamente, entre los primeros intentos de regulación de esta compleja materia hay que referirse a **Ley Modelo sobre Comercio Electrónico** aprobada por la CNUDMI. Esta Ley Modelo parte de la observación del número creciente de transacciones comerciales internacionales que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan el papel. En su introducción estima que la aprobación de la Ley Modelo (se aprobó en junio de 1996) ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de estos métodos o a prepararla, en los casos en que carezcan de ella.

2. LA CONVENCIÓN SOBRE UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

[26] Sobre la conformación, labor y actualidad de la CNUDMI, puede verse SCOTTI, Luciana B., “El Rol de los Organismos Internacionales en la Harmonización del Derecho Internacional Privado”, *en Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Derecho Internacional*, disponible en http://www.caei.com.ar/es/programas/di/working.htm#, Working Paper N° 29, 9 de julio de 2006.

Durante su 34° periodo de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión decidió preparar un instrumento internacional relativo a cuestiones de la contratación electrónica, que debía tener también como finalidad la eliminación de los obstáculos al comercio electrónico en las convenciones y acuerdos comerciales uniformes existentes, y confió a su Grupo de Trabajo IV (Comercio electrónico), la preparación de un proyecto.[27] El Grupo de Trabajo dedicó seis períodos de sesiones, del 2002 al 2004, a la preparación del proyecto de Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, el que fuera examinado durante su 38° periodo de sesiones celebrado en el año 2005.[28] El texto fue distribuido antes del periodo de sesiones mencionado a todos los gobiernos y organizaciones internacionales invitados a asistir a las sesiones de la Comisión y del Grupo de Trabajo en calidad de observadores, así como también fueron recibidas las pertinentes observaciones.[29]

De este modo, el 23 de noviembre del 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la **Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales**, pidiendo al Secretario General que la declare abierta a la firma, para finalmente hacer un llamamiento a todos los gobiernos para que consideren la posibilidad de hacerse partes de la Convención.

Por nuestro lado, estamos convencidas de que este instrumento jurídico internacional está llamado a constituirse en un verdadero hito en el área del comercio electrónico. Nos dedicaremos, aunque sucintamente, a explorar algunos aspectos fundamentales relacionados con la esfera de aplicación de la Convención, tratando de hacer referencias internas de sus previsiones legislativas con otras realizaciones según sea el caso, de la CNUDMI, o de otros foros internacionales.

Cabe destacar que se trata de un tratado que se encuentra abierto a la firma de todos los Estados en Nueva York a partir del 16 de enero del 2006 hasta el 16 de enero del 2008; y dada su naturaleza de convención, puede ser ratificada, aceptada, aprobada por los Estados signatarios, y naturalmente se encuentra abierta a la adhesión por otros Estados no signatarios.

Con arreglo a lo establecido por el art. 23. 1, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.[30] Asimismo, se deja aclarado en el inciso 2 del mismo art. que “cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación,

[27] Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 y correcciones (A/56/17 t Corr.) párrafos 291 a 295.
[28] Ibid., Sexagésimo periodo de sesiones, Suplemento N°17 /A/60/17), Capítulo III.
[29] A/CN.9/578 y Add. 1 a 17.
[30] A la fecha (octubre de 2006), firmaron la Convención: República Centroafricana, Senegal, Libano, China, Singapur, Sri Lanka, Madagascar, Sierra Leona.

aceptación, aprobación o adhesión". Finalmente y no es una cuestión baladí, cabe señalar que de conformidad con el artículo 22 no se podrán hacer reservas a la Convención.

A. Algunas observaciones preliminares

Una primera observación nos permite señalar que la Convención cuenta con un número reducido de artículos, lo que denota que los integrantes del Grupo de Trabajo de la Convención procuraron llevar a un minimum las reglas diseñadas. En efecto, solamente cuenta con veinticinco artículos, reunidos en cuatro capítulos. El Capítulo I, legisla acerca de la Esfera de aplicación, (artículos 1 al 3 inclusive); el Capítulo II, sobre Disposiciones Generales (artículos 4 al 7); el Capítulo III, sobre Utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, (artículos 8 a 14), y el Capítulo IV, sobre las Disposiciones Finales, (artículos 15 a 25 inclusive).

En segundo lugar, en las normas uniformes diseñadas el observador puede constatar que todas ellas se encuentran dirigidas a respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional.

En tercer término, debe destacarse que a diferencia de otras realizaciones anteriores de UNCITRAL, el legislador asume la peculiaridad de INTERNET.[31]

Finalmente, una observación relacionada con un aspecto, sumamente importante como es la cuestión de la compatibilidad entre convenciones que surge del inciso 4 del artículo 17 cuando establece que la Convención no prevalecerá sobre las normas de ninguna organización regional de integración económica con las que pueda entrar en conflicto y que sean aplicables a partes cuyos respectivos establecimientos se encuentren en Estados miembros de una organización de esa índole, conforme a una declaración formulada con arreglo al artículo 21. En este sentido, nos detendremos por unos momentos para señalar que la Convención acepta la participación de organizaciones regionales de integración económica según surge del artículo 17, disponiendo que toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar, o adherirse. En su caso, se aclara que la organización regional de integración económica tendrá, en este caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que ejerza competencia sobre algún asunto que se rija por la Convención.

Cabe interrogarse si cuando se alude a estas organizaciones regionales de integración económica queda comprendido el espacio integrado del MERCOSUR. En este aspecto, corresponde señalar que el inciso 2 del artículo bajo análisis, última parte, dispone que la organización regional notificará con prontitud al depositario todo cambio en la "distribución de las competencias indicada en dicha declaración – se refiere a la declaración que la organización deberá hacer al momento de

[31] Ver FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara. L., "Internet: Un Golem de la Postmodernidad", Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

la firma - en la que debe constar los asuntos que se rijan por la Convención respecto de los cuales sus Estados miembros hayan transferido su competencia a la organización, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida". Desde nuestra mirada, en la actualidad, después de algunas vacilaciones, entendemos que nuestro espacio integrado no entraría dentro de la categoría de organización regional a la que alude la Convención, pues sus Estados Miembros no han delegado, transferido competencias soberanas al MERCOSUR.[32]

B. Esfera de aplicación

La Convención le dedica el Capítulo I a la esfera de aplicación, en tres artículos bajo el título "ámbito de aplicación" -art. 1-, exclusiones -art. 2- y autonomía de las partes -art. 3-. El artículo 1 consta de tres incisos, y en el inciso 1 señala que la Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados. Se aclara, seguidamente en el inciso 2 que no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por ellas en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste. Se descartan a los efectos de la determinación del ámbito de aplicación de la Convención, otros elementos de conexión tales como la nacionalidad de las partes, o el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato, tal como surge del artículo 1.3.

El ámbito de aplicación queda acotado al uso de las comunicaciones electrónicas en conexión con la formación y cumplimiento de contratos entre partes cuyos establecimientos comerciales se encuentren situados en diferentes Estados. En este sentido, cabe señalar, que la palabra "formación" incluye las negociaciones, las ofertas, aun cuando estas comunicaciones no tengan como resultado la conclusión del contrato.[33]

En este sentido, también resulta necesario indicar que este artículo debe ser leído conjuntamente con el artículo 19.1 que a su turno permite a los Estados declarar que solamente aplicarán la Convención cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados contratantes o cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

A su turno, el ámbito de la Convención se ve extendido con arreglo al artículo 20 que establece que sus disposiciones serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de

[32] Puede verse sobre esta cuestión: FELDSTEIN de CÁRDENAS, "El MERCOSUR: una mirada al futuro", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 18, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 31 de marzo de 2006; Sara L. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L y RODRÍGUEZ, Mónica S, "El ABC del Derecho Internacional Privado de la Integración: una mirada al MERCOSUR", disponible en http://www.noticias.juridicas.com.es/ ; SCOTTI, Luciana B., "La integración regional y el Derecho de la Integración. El caso del MERCOSUR: luces y sombras", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 18, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 31 de marzo de 2006.

[33] Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico durante la 44 Sesión (Viena 11-22 de octubre 2004), A/CN.9/571, párrafo 15.

los siguientes instrumentos internacionales en lo que un Estado contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte:

a) Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958).[34]
b) Convención sobre Prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980);
c) Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980);[35]
d) Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena 19 de abril de 1991);
e) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre del 1995);
f) Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre del 2001).

Ahora bien, no solamente puede tener lugar la ampliación del ámbito como resultado de la aplicación de las convenciones precedentemente mencionadas, sino que sus disposiciones serás aplicables, además, cuando se trate de comunicaciones electrónicas relativas a la formación o al cumplimiento de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, a menos que dicho Estado haya declarado que no quedará obligado por esta parte del precepto. Asimismo, se permite al Estado declarar que aplicará las disposiciones de la Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o al cumplimiento de un contrato al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte (art. 20.3 y 20.4).

La Convención, tal como surge del artículo 21 que regla el procedimiento y efectos de las declaraciones, establece que las declaraciones podrán hacerse en cualquier momento, aunque aquellas formuladas al momento de firmar deben ser confirmadas en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación. Desde el punto de vista de los aspectos formales, el inciso 2 del articulo

[34] Sobre la Convención de Nueva York: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “El reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros en el Derecho Internacional Privado argentino” en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de San Isidro.* Octubre de 2001, pág. 39 y en *Revista Lex. Difusión y Análisis*. Buenos Aires, Junio 2001. Número 72; "Una Nueva Mirada al Derecho Procesal Internacional en materia de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales", *en Nuevos Estudios de Derecho Procesal, Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje* - N° 8. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002; "Panorama del Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros", disponible en www.camsantiago.com/articulos/articulos.html

[35] Véase, MEDINA, Flavia, "La contratación por medios electrónicos y la compraventa internacional de mercaderías: ¿hay que revisar la reserva de Argentina al ratificar la Convención de Viena que impone la forma escrita?", en *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado,* 7, 8, y 9 de junio de 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales (CEDyCS), Buenos Aires, 2001.

mencionado, establece que tanto las declaraciones como las confirmaciones deben hacerse por escrito y se notificarán oficialmente al depositario.

En el artículo 2 se acota el ámbito de aplicación excluyendo por diversos motivos tres categorías de comunicaciones electrónicas cuando se encuentren relacionadas con:

a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; con clara alusión a los contratos celebrados por consumidores;
b) Operaciones en un mercado de valores reglamentado, operaciones de cambio de divisas, sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros, la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.
c) Letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimiento de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercaderías o el pago de una suma de dinero.

Esta lista de exclusiones del ámbito de aplicación de la Convención se redujo considerablemente, toda vez que durante las deliberaciones el Grupo de Trabajo IV originariamente consideró la posibilidad de que la nómina fuere mayor y abarcativa de ciertos contratos relacionados con bienes inmuebles, o con el derecho de familia.[36]

C. Autonomía de las partes[37]

Resulta necesario destacar la amplitud con que el artículo 3 preserva la posibilidad que las partes excluyan la aplicación de la Convención en su totalidad, o bien puedan exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones. De este modo, se advierte un campo significativo otorgado a las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad en la celebración de las contrataciones electrónicas.

Si bien es cierto que se trata de una norma que pondera la autonomía de la voluntad de las partes en el área de los negocios internacionales, no es menos cierto que este tipo de reglas se encuentran insertas en otros textos convencionales entre los que destaca el art 6 de la CISG, según el cual " Las partes podrán excluir la aplicación de la presente convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones o cualesquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. "

[36] A/CN.9/571, párrafos 59, especialmente 62-66.

[37] Sobre autonomía de la voluntad, véase, entre otros, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad,* Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot, 1995, ps. 51 – 136; *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004; "Internet y Derecho Aplicable" en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

D. Calificaciones autárquicas

Dentro del Capítulo II, de las Disposiciones generales, el artículo 4 se dedica a introducir calificaciones autárquicas que resultan de suma utilidad a la hora de la interpretación de la Convención.

Se definen los siguientes términos: "comunicación", "comunicación electrónica", "mensaje de datos", "iniciador", "destinatario", "sistema de información", "sistema automatizado de mensajes" y además el punto de conexión que marca el ámbito de aplicación de la Convención cuando dispone en el inciso h de dicho artículo que se entenderá por "establecimiento", todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.[38]

De no incorporarse una regla como la presente, obviamente la calificación de lo que se entiende por "establecimiento" es reconducido a los Estados Partes, a los derechos de fuente interna de los derechos estaduales, que podrán definir de manera distinta unos y otros, disminuyendo el nivel de calidad de la armonización legislativa deseable, pretendida.

Precisamente, la introducción de esta última calificación, además de resultar a todas luces una incorporación ajustada, útil, cobra especial significación en virtud del papel crucial que la Convención le asigna a este punto de conexión.[39]

Sin embargo, convendría destacar que este artículo debe ser leído conjuntamente para comprender su alcance, con el artículo 6, sobre Ubicación de las partes, en el que el legislador establece que:

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste.

3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

Asimismo, no podemos sortear la mención del inciso 5 del artículo en análisis, en cuanto establece una regla realmente novedosa que dispone que el mero hecho de que una parte haga

[38] En similar inteligencia, define "establecimiento" la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza: por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios (art. 2.f.)

[39] Artículo 1.1.

uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

De este modo, la Convención parece asumir un hecho de la realidad que ha demostrado que la simple asignación de nombres de dominio y de direcciones de correo electrónico no siempre proveen lazos confiables, fiables de efectiva conexión con determinado Estado.

Dentro de este mismo capítulo II, el artículo 5 inciso 1 dispone que para la interpretación de la Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Se trata de una regla interpretativa que se mantiene en numerosos textos internacionales, tales como la CISG, en su artículo 7.1; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en su artículo 3.1, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, en su artículo 4.1.

Asimismo, el artículo 5, en su segundo inciso, incorpora una regla que establece que las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Idéntica disposición contiene la CISG en su artículo 7.2. Por su parte la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se limita a mencionar a los principios generales que la inspiran (art. 3.2), al igual que la de Firmas Electrónicas (art. 4.2).

Esta disposición merece nuestra aprobación en la medida que para la interpretación de la Convención habrá que resolver con arreglo a los principios generales en que se inspira y en su defecto en la ley aplicable según las reglas de derecho internacional privado.

A esta altura, habría que preguntarse si acaso esta norma reconduce a los ordenamientos jurídicos estatales y rechaza una suerte de nueva lex electronica o lex informatica.[40] Esta delicada cuestión, sin embargo, excede los objetivos del presente artículo. Prometemos volver sobre este inquietante tema en próximos trabajos.

E. Utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

En el Capítulo III en el inciso 1 del artículo 8 bajo el subtítulo reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas, se establecen normas de no discriminación relacionadas con un contrato por la sola razón de que la comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica. Aparece aquí uno de los pilares de la materia, como es el principio de equivalencia funcional conforme con el cual corresponde otorgar un tratamiento igualitario a las comunicaciones electrónicas y a las contrataciones internacionales tradicionales.

[40] Véase, entre otros, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005; *Contratos internacionales, Tercera Parte: Lex Mercatoria,* Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot, 1995, ps. 137 – 214; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia y SCOTTI, Luciana Beatriz, "Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*., Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.

Por su parte, en el inciso 2 de dicho precepto se establece que nada de lo dispuesto en la Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero se deja a salvo que su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

Merece nuestra especial atención, el artículo 10 de la Convención sobre Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas que establece:

1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.

2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste.

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquel en que se tenga por recibida la comunicación en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

De esta forma, en este precepto la Convención busca darle solución a una de las cuestiones más delicadas y relevantes que ha abierto, desde el comienzo del empleo de las comunicaciones electrónicas, un interesante como polémico debate,[41] que ha llevado al legislador a fijar el tiempo y el lugar cuando y en el que la comunicación electrónica se tendrá por expedida, por recibida.

Cabe señalar que desde nuestro punto de vista las reglas sobre el tiempo de recepción incorporadas en el artículo 10.2 de la Convención importan una significativa mejora con relación al artículo 15.2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, primeramente porque la nueva noción de dirección electrónica resulta un equivalente funcional de la dirección tradicional, y resulta mucho más ajustada, más útil que la que se emplea en esta última disposición bajo la denominación de concepción de sistema de información. En efecto, resulta que la idea de

[41] FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., "Contratos celebrados por ordenador", en *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

dirección electrónica es abarcativa de otras direcciones electrónicas tales como los mensajes de telefonía celular, entre otros. En segundo lugar, con respecto a la fijación del momento establecido en el artículo 10.2 resulta mucho más específica que la incorporada en el artículo 15.2 a.i de la Ley Modelo que establece que la recepción se produce cuando la comunicación electrónica entra en un sistema de información.

Con respecto al artículo 10.3 que establece tal como vimos "que la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo", se trata de una disposición similar a la del artículo 15. 4 de la Ley Modelo de 1996, aunque el artículo 6 la mejora en la medida que provee un conjunto de reglas tendientes a facilitar la determinación del lugar de los negocios de una parte. En este sentido, notamos que esta regla, la del art. 10.3, crea, innova mediante una serie de pautas, de normas que no existen en materia de comunicaciones convencionales en soporte papel.

VIII. COMERCIO ELECTRÓNICO Y MERCOSUR

En el marco del MERCOSUR, el órgano competente en materia de comercio electrónico es el Subgrupo de Trabajo N° 13 (SGT 13), dependiente del Grupo Mercado Común (GMC). Aún no ha elaborado un instrumento que tienda a armonizar con detenimiento esta delicada cuestión. Sin embargo, existen normas MERCOSUR vinculadas a esta problemática tales como la Resolución GMC 21/04 sobre Derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet y la Resolución GMC 22/04 sobre Certificación electrónica en el ámbito de la Secretaría del MERCOSUR.

Recientemente, el GMC adoptó la Resolución 37/06 del 18 de julio de 2006 sobre Reconocimiento de la eficacia jurídica del Documento Electrónico, la Firma Electrónica y la Firma Electrónica Avanzada en el ámbito del MERCOSUR.

Como podemos observar, en nuestro espacio integrado resta mucho por hacer en materia de contratos y comercio electrónicos.

Por otra parte, los Estados Miembros no cuentan con legislaciones de fuente interna ni convencional en materia de contratación y comercio electrónicos, sino que han sancionado algunas leyes que abordan aspectos parciales de la cuestión y en forma no coincidente en muchos casos.

Por ello, entendemos que la Convención de Naciones Unidas es un hito que no puede ser ignorado a la hora de armonizar las legislaciones en esta materia, así como otras realizaciones de los más prestigiosos foros internacionales, y la labor de la Unión Europea.

Consideramos que la Convención de UNCITRAL debe ser tenida en cuenta en particular porque brinda reglas en materia de compatibilidad de convenciones y contempla la posibilidad de que una organización regional de integración económica como tal ratifique este instrumento, aún cuando reiteramos el MERCOSUR no pertenece al menos hasta el momento a esa categoría.

Por otra parte, si entendemos que el comercio electrónico en general y la contratación electrónica en especial son áreas pertinentes que deben ser armonizadas, la Convención analizada contiene reglas que bien podrían servir de bases mínimas para una norma propia de nuestro espacio integrado.

IX. CONCLUSIONES

Esta Convención de Naciones Unidas introduce un nuevo patrón, un nuevo modelo que impulsará a los legisladores a alinear los derechos estaduales a las reglas contenidas en ella. En este sentido, dentro del ámbito de aplicación y en las áreas cubiertas por el instrumento bajo análisis, podrían quedar sin efecto las normas incorporadas en los derechos internos derivados de las Leyes Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, de Firma Electrónica del 2001, precedentemente mencionadas. Puede pensarse, y esto teniendo en mira la máxima en materia de armonización legislativa, que los Estados al introducir la Convención, pueden tratar de superar regímenes duales, distintos según se trata de transacciones domésticas o internacionales. Además, y este también constituye una suerte de disparador en la medida que si bien la Convención se aplica solamente a las transacciones, contrataciones internacionales, los Estados pueden estimar que sus reglas sean aplicables a las transacciones domésticas y aún a las relaciones no contractuales, por ejemplo el artículo 6 relacionado con la ubicación de las partes, el artículo 8 sobre reconocimiento de las comunicaciones electrónicas, el artículo 9 sobre las exigencias formales, el artículo 10 sobre el momento y el lugar en que aquellas se producen, entre otros.

Asimismo, si bien tal como vimos, la Convención como instrumento de armonización legislativa en materia de comercio internacional excluye de su ámbito, por su naturaleza, a las contrataciones cuando participan los consumidores, nada impide que los Estados en el futuro en sus normas para relaciones domésticas extiendan este ámbito para alcanzar a las personas indicadas.

Finalmente, también los Estados pueden, entre otras opciones, mediante la vía de la declaración permitida por el artículo 19.2 extender la aplicación de la Convención a las operaciones internacionales en las que participen los consumidores.

Sin embargo, no pueden ignorarse por lo menos tres aspectos. En primer lugar, que las controversias relacionadas con los consumidores en su mayoría denotan una ostensible desproporción entre el valor económico de la cuestión y el costo de su solución judicial; los cuales pueden disuadir al consumidor a recurrir a los tribunales estatales para hacer valer sus legítimos derechos. En segundo término que en la contratación electrónica en la que participa un consumidor (vgr. Compraventa de mercaderías), entre las causas que pueden originar las controversias se encuentran aquellas que le son comunes a todos los contratos sean celebrados o no electrónicamente, tales como la falta de entrega de los bienes, la diferencia de calidad del bien,

la lesión, la afectación de derechos de propiedad de terceros, entre otras y aquellas que son ocasionadas por las particularidades del medio empleado, Internet, comercio electrónico, tales como equivocaciones de los programas que cierran contratos en sustitución de empleados o agentes humanos, o errores técnicos de terceras partes involucradas en la construcción y mantenimiento del proyecto de comercio electrónico, administrador del centro comercial virtual o del servidor, entre otras. Y por último, que en estas contrataciones los consumidores no suelen verificar el contenido de los contratos que aceptan, sobre todo debido a razones de costos de navegación[42].

En suma, podemos concluir:

- Que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas intercambiadas en el marco de los contratos internacionales constituyen un serio obstáculo al comercio internacional, por lo que resulta conveniente la adopción de normas uniformes destinadas a eliminar las disparidades, las barreras que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, así como que su desenvolvimiento tenderá a incrementar la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial en los contratos internacionales.
- Que los Estados que conforman los espacios integrados deben esforzarse por participar activamente ante los foros internacionales para respaldar, fomentar la armonización legislativa mediante reglas claras, previsibles que se adapten en el área de la contratación electrónica a las exigencias impuestas por el contexto internacional.
- Que la armonización legislativa es un instrumento idóneo para la búsqueda de denominadores comunes, mediante el diseño de reglas claras, previsibles que tenderán a la atenuación de los riesgos, obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los operadores de los negocios internacionales, inclusive los Estados.
- Que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas tenderá a mejorar la eficiencia de las actividades y los vínculos comerciales, brindando posibilidades de acceso a partes y mercados inexplorados, aun remotos.
- Que si se adoptan normas uniformes los Estados, y los operadores podrán obtener el acceso a rutas comerciales modernas.
- Que en el MERCOSUR, resultaría conveniente, prudente armonizar las legislaciones en materia de comercio y contratos electrónicos por ser éstas áreas pertinentes para el fortalecimiento del proceso de integración.
- Que ante la posibilidad que nos veamos obligados a enfrentar profundas transformaciones, lo cual puede llegar a ser traumático, siempre resulta de toda conveniencia elaborar

[42] No ahondamos sobre este tema dado que prometemos volver sobre él en próximos trabajos.

propuestas que se anticipen al cambio. En esa dirección y hacia tales metas nos movemos.

Fuentes de Información

a) Bibliográficas

ADAM, Nahil. *Electronic Commerce: technical business and legal issues.* Prentice Hall. Estados Unidos de Norte América 1999.

ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 41, 2000.

BARCELÓ, Rosa J. *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI).* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España, 2000.

BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

BAUMGARTNER, Jeffrey – Schulze, Corinna. *Don¨t panic!, Do electronic commerce*. Unión Europea. Comisión Europea de Comercio Electrónico. 2000.

BRENNA, Ramón G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" *en Informática y Derecho (Aportes de Doctrina Internacional*). Volumen 7 Comercio electrónico", o en http://ecomder.com.ar

BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

BURNSTEIN, MATTHEW, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law International , Tha hague , 2000, ps. 23-26.

CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.

DICKIE, John, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 1999.

DREYZIN de KLOR, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado,* Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.

FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873 e "Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable", en *Revista Doctrina Judicial* 1999-3-654.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.

Jurisdicción internacional en materia contractual, en ALTERINI, Atilio A. (dir.*), Colección Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

"La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999.

"Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet", en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

"La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser", en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

“Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.
“Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.
“El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005. “El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.
“Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.
FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.
FENTIMAN, Richard*, Conflicts of Law in Cyberspace. International Federation of Computers Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law*, Bruselas, 1996.
GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.
GARRO, Alejandro; PERALES VISCASILLAS, Pilar, “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)”, *RCE,* núm. 44, diciembre 2003, pp. 39-56
GAUTRAIS, V., LEFEBVRE, G, y BENYEKHIEF K., "Droit du commerce électronique et normes applicables: l´émergence de la lex mercatoria", en *Revue des Affaires Internationales* (RDAI), 1997. GELLER, Paul E., "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World", en BERNT HUGENHOLTZ, P (ed.) *The Future of Copyright in a Digital Environment, Proceeding of the Royal Academy of Sciences and the Institute for Information Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1996.
GOLDENBERG, Pablo, MARÍ HERNÁNDEZ, Alvaro, "La Contratación en Internet, en *Revista El Derecho* 170-1093.
ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas”, *RCE,* núm. 40, julio/agosto 2003, pp. 5-23
“Oferta, perfección y prueba del contrato electrónico”, en RUIZ PERIS, (Dir.), *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp.215-242
Derecho de la Contratación Electrónica, Madrid: Civitas, 2001
MARTÍNEZ NADAL, A. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Astrea,1997.
MORALES ARCE, J.B. "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional" en *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.
MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, Contratos electrónicos, Ed. Marcail Pons, Madrid, 1999. MORENO, Á.G. "El comercio electrónico y su disciplina; ¿un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", en *Derecho de los negocios* (Madrid) 13:145:28 a 47, 2002.
MUÑIZ ARGUELLES, L. "La contratación electrónica y las normas generales de contratación", en *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (San Juan) 71:639 a 654, 2002.

NOODT TAQUELA, María Blanca, “El comercio electrónico en el Mercosur”, en *JA* 2000-IV-1188.
NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-II, ps. 929 a 940.
OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.
"La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.
PALAZZI, Pablo, PEÑA, Julián, "Comercio Electrónico y Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 17, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.
PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ensayos de información jurídica.* Fontamara. México. 1996.
PIAGGI, A.I. "La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce", en *Revista doctrina societaria* (Buenos Aires) Nº 144, 1999.
SALERNO, Marcelo U., "Los contratos en el Mercado Virtual", el *Revista Jurídica La Ley* 1999-E, ps. 1127-1130
SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
SCHAUER, Bernd. “Electronic Comerse in der EU”. Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Viena 1999.
SIRELLI, Pierre, "L´adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l´État", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds*), Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law International , La Haya , 2000.
TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.
WEISMAN, Karina, "Internet y los contratos: la adecuación del derecho y de los abogados a este nuevo medio de contratación", en *Revista Doctrina Judicial* 2001-3-151.

b) Fuentes electrónicas

www.caeci.org.ar
www.ecomder.com.ar
www.eldial.com.ar
www.gbd.org
www.hcch.net
www.iccwbo.org
www.oas.org
www.ocde.org
www.temple.edu
www.uncitral.org
www.wto.org.

CAPITULO III

ALGUNOS CONTRATOS ELECTRONICOS EN PARTICULAR

LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS ¿HAY QUE REVISAR LA RESERVA DE ARGENTINA AL RATIFICAR LA CONVENCIÓN DE VIENA?

Por Flavia A. Medina

I. INTRODUCCION

Sin lugar a dudas una de las revoluciones del siglo XX, ha sido la aparición de la informática como nuevo medio de comunicación. Esta modalidad se ha desarrollado notoriamente en el ámbito de la economía mundial y actualmente el comercio internacional se canaliza en gran medida por esta vía. Ese impacto económico nos lleva, como tantas otras veces ha ocurrido con el derecho, a adaptar las normas a los cambios, tratando de evitar que la falta de regulación incremente los conflictos.

El derecho internacional privado, desde sus orígenes en las ciudades del norte de Italia, ha acompañado dichos cambios. Si bien el derecho no avanza al ritmo del comercio y la tecnología, lo cierto es que en los últimos años mucho se ha hecho para contener jurídicamente las nuevas situaciones. En ese sentido cabe destacar la labor de UNCITRAL y UNIDROIT, entre otros organismos internacionales que trabajan por la armonización y la modernización del derecho comercial internacional.

La compraventa de mercaderías es el contrato más importante en el tráfico mercantil internacional. Se encuentra regulado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante “Convención de Viena de 1980”). La misma cuenta con un gran número de ratificaciones y es quizás uno de los instrumentos más importantes en cuanto a la armonización del derecho comercial internacional.

La trascendencia de esta Convención y del contrato que ella regula, nos lleva a preguntarnos, frente a la aparición de nuevos medios tecnológicos que influyen en la contratación internacional, si es necesario realizar algún cambio con relación a la ratificación de la misma por parte de la República Argentina. Ello en virtud de que, si bien la Convención consagra como principio general la “libertad de formas”, nuestro país ha efectuado una reserva, permitida conforme el artículo 96 del texto convencional, por la cual cuando alguna de las partes contratantes tenga su domicilio en la Argentina, la celebración, modificación y extinción del contrato deberá revestir la forma escrita. Ahora bien, ¿la celebración de un contrato de compraventa por medios electrónicos cumple con ese requisito?

En cuanto al derecho de fuente interna, nuestro Código Civil consagra el principio de libertad de formas, si bien para algunos actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos que superen determinado monto, se exigen algunas formalidades. Los proyectos de reforma del Código Civil y Comercial (Proyecto 1998) contemplan la modernización de las normas, adaptándolas a los nuevos métodos de contratación. En este sentido, podría darse el caso de que

un contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado por medios electrónicos pueda resultar válido si cae fuera del ámbito de la Convención de Viena mientras no puede afirmarse categóricamente lo mismo si ese contrato entra dentro del ámbito de aplicación de la Convención. Estas asimetrías conspiran contra la tendencia armonizadora actual del derecho internacional privado, y especialmente, del derecho comercial internacional. Cabe entonces la pregunta: ¿Hay que revisar la forma en que ha ratificado la Argentina la Convención de Viena? ¿Hay que mantener la reserva?

II. DESARROLLO

1. EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y LA CONTRATACION INTERNACIONAL

Durante siglos la escritura sobre papel fue la forma de instrumentar la mayoría de los actos jurídicos. Al hablar de documento, entonces, se hacía referencia a la constancia escrita en soporte papel por medio de la cual se podía llegar a probar la existencia, contenido y extensión de un acto jurídico. El mismo podía tener además otras exigencias como la intervención de un funcionario público.

El siglo XX, entre otros tantos cambios, incluyó la informática en nuestro modo de vida. Así llegó la simplificación de las formas, ya sea en actos cotidianos y simples como en las más complejas relaciones internacionales.

Su aparición implicó para el mundo del derecho, un replanteo del concepto de las formas de los actos jurídicos y, por consiguiente, de conceptos tales como instrumento o documento. El soporte informático o documento electrónico ha ido reemplazando al papel con prisa y sin pausa. Como en tantas otras oportunidades, un avance tecnológico alteró conceptos jurídicos tradicionales obligando a su revisión.

El comercio internacional ha receptado el novedoso mecanismo y la contratación por medios electrónicos ha pasado a un primer plano. Ello porque la nueva modalidad de contratación acorta notablemente las distancias y acelera los tiempos, adaptándose mejor a la agilidad que necesita el tráfico mercantil. Esto obliga al derecho internacional privado a adaptar sus soluciones para contemplar esta innovadora forma de contratar internacionalmente.

2. LEGISLACION ARGENTINA EN MATERIA DE FORMAS

El principio general establecido por el Código Civil es el de libertad de formas. Ello no obstante, determinados actos jurídicos están alcanzados por ciertas formalidades.

En cuanto al contrato de compraventa de cosas muebles, también rige el mismo principio pero existe una exigencia dado que aquellos cuyo objeto exceda de determinado monto deben hacerse por escrito y no pueden probarse por testigos. Por lo tanto, atento las sumas involucradas en las contrataciones internacionales, siempre que resulte aplicable a su forma las disposiciones de nuestro Código Civil, el mismo deberá celebrarse por escrito.

Entre la reformas del nuevo Proyecto se incluye el reconocimiento de instrumentos en soporte distinto del soporte papel; es decir, se regula el tema del documento generado por medios

electrónicos como una de las formas posibles de los actos jurídicos. De esta manera, se busca modernizar el derecho y adaptarlo a la nueva realidad impuesta por los avances tecnológicos.

Así, el artículo 263 del mencionado Proyecto, al referirse a la expresión escrita, dice que la misma "..Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido pueda ser representado como texto intelegible, aunque para su lectura se requiera la intervención de medios técnicos". Consecuentemente, el artículo 962 dispone como regla general, que los contratos pueden ser probados por cualquier medio. Con lo cual, la libertad formal consagrada para los actos jurídicos (entre los que se encuentran los contratos), se corresponde con la flexibilidad probatoria.

Entre las exigencias para los documentos electrónicos podemos señalar:

1. El mismo debe ser intelegible, es decir comprensible, aunque para ello se requiera la utilización de determinados medios técnicos.
2. Debe ser inmutable, lo cual no es un sinónimo de invariable o inmodificable. Inmutable significa que el documento no pueda ser alterado sin que queden rastros de tales modificaciones.

Por supuesto que las exigencias aumentan cuando el instrumento que se hace constar en soporte electrónico es un instrumento público. Si bien esta posibilidad se encuentra contemplada en el Proyecto, se incrementan los requisitos para poder asegurar la autenticidad del texto informatizado.

No queremos extendernos demasiado en el análisis detallado de estas normas, porque exceden el marco de nuestra propuesta, pero queríamos señalar como el derecho argentino está buscando adaptándose a las nuevas tecnologías.

3. LA CONVENCION DE VIENA Y LA FORMA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

El principio imperante en la Convención de Viena de 1980 es el consensualismo. Por lo tanto, el artículo 11 establece que: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro tipo de forma". Como vemos, se extiende además de la forma a la prueba.

Sin embargo, la adopción de esta regla general de libertad de formas, generó mucha controversia en el seno de la Convención. Al igual que en otras partes de su articulado, se arribó a una solución transaccional. Mientras se mantenía como guía la libertad formal, se incorporaba la posibilidad de efectuar una reserva que permitiera a los países cuya legislación exigiera que los contratos de compraventa deban celebrarse por escrito, mantener esta postura en los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

De esa forma, el artículo 96 establece que esos Estados mediante la reserva allí prevista pueden evitar que se apliquen las disposiciones del artículo 11 y del artículo 29 (referido a las modificaciones del contrato) siempre que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en el Estado que ha hecho la reserva. Esta disposición se complementa con el artículo 12 que precisamente excluye la posibilidad de aplicar cualquier norma de la Convención que permita celebrar, modificar o extinguir un contrato de compraventa por otro medio que no sea

por escrito, siempre que se de el supuesto mencionado, o sea que una de las partes tenga su establecimiento en un Estado que ha hecho la reserva del artículo 96. Además estipula que las partes no podrán dejar sin efecto este artículo ni modificar sus efectos.

En cuanto al concepto de escrito, la Convención adopta un concepto amplio, incluyendo al telegrama y al telex (artículo 13).

La República Argentina, al ratificar la Convención mediante ley 22.765, hizo la reserva del artículo 96. De esto se desprende que cuando una de las partes contratantes tenga su establecimiento en el país, el contrato de compraventa debe ser celebrado por escrito.

La pregunta que entiendo debemos hacernos es si los contratos celebrados por medios electrónicos pueden interpretarse como contratos celebrados por escrito. Necesariamente, para responder en forma afirmativa debemos cambiar nuestra concepción inicial del lenguaje escrito. Debemos dejar de lado la asociación inmediata entre lo escrito y el soporte papel.

Cabe señalar entonces que, desde un punto de vista tradicional, teniendo presente las disposiciones acerca del concepto de intrumento y/o docuemento de los Códigos decimonónicos, no puede incluirse el documento electrónico entre las formas de celebrar un contrato por escrito.

Mientras que si adoptamos una postura más moderna y comprensiva de la realidad actual de los negocios internacionales, podemos interpretar que esta nueva manera de celebrar contratos puede encontrarse dentro de aquellas que se entienden celebrados por escrito.

La ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, al definir el término “escrito” en su Artículo 6 establece que : “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta” y este concepto se aplicará “tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.

Lo cierto es que, mientras al menos no tengamos una legislación específica sobre el tema, la cuestión seguirá generando diversas interpretaciones. Sin embargo, considero que a la hora de evaluar los cambios, no tenemos que olvidarnos de los textos convencionales, que forman parte de nuestro sistema de derecho internacional privado. Por ello, debemos detenernos un minuto a reflexionar sobre la reserva efectuada en virtud del artículo 96 de la Convención de Viena de 1980 y evaluar si conviene mantenerla.

III. CONCLUSION – PROPUESTA

La Convención de Viena regula uno de los contratos más importantes en el ámbito internacional: la compraventa internacional de mercaderías. Si bien la misma tiene una postura moderna y consagra con total amplitud la libertad de formas en cuanto a la celebración, modificación y extinción de dicho contrato, la reserva efectuada por nuestro país limita ese principio. Tal limitación tiene implicancia sobre la prueba de esos contratos.

La celebración por medios electrónicos que se ha incrementado en los últimos años a un ritmo incesante, nos debe conducir a reflexionar acerca de la conveniencia de mantener la reserva efectuada por la Argentina. Hoy que estamos revisando las bases de nuestro derecho positivo, debemos detenernos a reflexionar sobre la normativa aplicable a nuestro comercio internacional, donde estos cambios se sienten aún con más fuerza.

Queremos concluir con las palabras del Dr. Salvador Darío Bergel, que en nuestra opinión, definen con la claridad que lo caracteriza, el desafío frente al cual nos encontramos: “El lenguaje informático se ha impuesto definitivamente y si la prueba evita o limita su eficacia el Derecho corre el riesgo de servir de barrera a la evolución de la realidad negocial”.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Por Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

En estos tiempos de posmodernidad, nosotros integramos la sociedad de la información, y a la vez, somos parte de la denominada sociedad de consumo.

En efecto, en los últimos años ha irrumpido un nuevo modo de comunicación, que ha transformado la realidad social. Los medios electrónicos y en particular Internet han revolucionado al Derecho, creando nuevos problemas jurídicos de compleja solución. Así, la sociedad de la información, el comercio electrónico y la contratación celebrada por medios electrónicos son temas que ocupan un lugar destacado en el Derecho que se está gestando.

Como podemos apreciar, muchas son las problemáticas de índole jurídica que suscita este fenómeno apasionante. Entre ellas, podemos mencionar las relativas a la publicidad en Internet, la ley aplicable al contrato y al documento electrónico, la jurisdicción competente, la validez de la firma digital y del dinero electrónico, los delitos informáticos, la falta de seguridad en la red, los alcances de la libertad de expresión en el ciberespacio, la protección de los datos personales y las consecuencias de la violación al derecho a la intimidad, la piratería (violación al derecho de propiedad intelectual), el pago de impuestos y aranceles en el comercio electrónico y las consiguientes infracciones impositivas, la vulneración de principios fundacionales del Derecho Laboral a través del llamado teletrabajo, la responsabilidad extracontractual... y la lista continúa.

Entre todas estas cuestiones que claman por soluciones jurídicas nos encontramos con la contratación internacional celebrada por medios electrónicos en la que participan consumidores.

El consumidor, que en toda relación de consumo, es la parte más débil, en aquellas celebradas a través de medios electrónicos, que se proyectan más allá de las fronteras de un Estado, puede encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad aún.

En este contexto, ante esta realidad, el Derecho Internacional Privado tiene como labor la creación de mecanismos que brinden confianza al consumidor. En efecto, un "nuevo paradigma de confianza" es necesario para adaptar el derecho del consumidor al comercio electrónico.[1]

[1] Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico).* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004. En esta obra, la autora destaca que el derecho puede contribuir a establecer el nuevo paradigma de la confianza, a conseguir la protección calificada del consumidor a través de mayores exigencias de información y transparencia, más cooperación en cuanto a las posibilidades de arrepentimiento y reflexión, mayor seguridad en las formas de pago por medios electrónicos y cuidado con relación a lo datos recogidos.

De esta delicada cuestión nos ocuparemos en esta oportunidad, desde la mirada del Derecho Internacional Privado y en especial desde el Derecho Argentino de fuente interna como convencional.

II. EL CONSUMIDOR EN TIEMPOS POSMODERNOS

En estos tiempos posmodernos, la protección de los consumidores ha dejado de ser un objetivo exclusivamente nacional. Hoy la realidad es otra, tal como describe la Profesora Lima Marques: "Con la apertura de los mercados a productos y servicios extranjeros, con la creciente integración económica, la regionalización del comercio, las facilidades del transporte, el turismo masivo, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en red de computadoras, del comercio electrónico, es imposible negar que el consumo ya sobrepasa las fronteras nacionales. Los bienes extranjeros están en los supermercados, los servicios son ofrecidos por proveedores con sede en el exterior, a través del telemarketing, de la televisión, la radio, la internet, la publicidad de masas cotidiana para la mayoría de los ciudadanos de nuestras metrópolis regionales. Ya no es necesario viajar, ser un consumidor activo, un consumidor turista, ni trasladarse para ser consumidor, contratando en forma internacional o relacionándose con proveedores de otros países". En definitiva, "consumir en forma internacional es típico de nuestra época".[2]

En efecto, la autora destaca que no hay nada más posmoderno que las relaciones virtuales, desmaterializadas, que involucran a una pluralidad de agentes, típicas de la sociedad de la información, fluidas, rápidas, visuales, interactivas, simultáneas, despersonalizadas, y, a su vez, globalizadas y culturalmente niveladas, atemporales, internacionales, desterritorializadas, típicas de la economía pos - fordista, de servicio, de hacer, de lo inmaterial, lo desregulado, lo tercerizado, lo individual.[3]

Así, la protección del consumidor se inserta en este contexto como válvula de escape de los conflictos posmodernos, pues representa jurídicamente la garantía de una norma mínima de seguridad y adecuación de los servicios y productos, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy.[4]

---

[2] LIMA MARQUES, Claudia, "La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo", extractos del Curso: "La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general", Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en: http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

[3] Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico).* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004

[4] JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne" , en *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II.

III. EL CONSUMIDOR EN EL CIBERESPACIO

El ciberespacio no responde a las clásicas fronteras estaduales, y por lo tanto escapa a los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos enfrenta a plantearnos si es posible regular este nuevo espacio, y en su caso, cuáles son las alternativas posibles. En definitiva: ¿los problemas del mundo virtual son distintos en esencia a los pertenecientes al mundo real?.

Muy diversas opiniones se sostienen acerca de la necesidad de crear normas que rijan el espacio virtual.

Para algunos, toda regulación no contribuirá más que a entorpecer este medio y en particular, obstaculizará las operaciones comerciales que se desarrollan a través de sus redes. Por lo tanto, en esta línea de pensamiento, el espacio virtual, sin fronteras geográficas, "ajurisdiccional" no debe sufrir la intromisión de los Estados. En suma, estaríamos ante un ámbito que no pertenece a nadie y en consecuencia, ninguna autoridad estatal tendría legítimas facultades de regulación y control de las situaciones y relaciones que se concluyen en ese espacio. Para esta posición, en general, la solución vendría de la mano de la "autorregulación", es decir de las normas que la propia red, que sus usuarios adoptan y respetan en la práctica. Esa sería la única alternativa viable, frente a la imposibilidad de los Estados de regular las actividades que se desarrollan fuera del ámbito territorial donde ejercen soberanía. Este sistema descentralizado de autogobierno, según sus seguidores, ofrece un alto grado de eficacia. Estaríamos en presencia de una nueva *lex mercatoria*.

Para otros, en cambio, Internet y las nuevas tecnologías son simplemente un nuevo medio de comunicación y en consecuencia, no habría obstáculo alguno para que los Estados intervengan a través de sus potestades de control y regulación. En efecto, desde una posición extrema, todos los Estados tendrían jurisdicción sobre las actividades que se desenvuelven por las redes, ya que desde cualquier lugar del mundo, se puede tener contacto con aquéllas.

Desde una postura más moderada, se puede sostener que los cibernautas requieren certidumbre y previsibilidad para operar en el espacio virtual. Y esta seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado.

En pocas palabras, desde la perspectiva que compartimos, el ciberespacio no es un compartimento estanco, ajeno a las reglas del Derecho, a las tradiciones, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real.[5]

La necesidad de normas claras que regulen las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual es aún más notoria cuando de aquéllas participan “ciberconsumidores”.

La *web* es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global. En efecto, los consumidores que celebran contratos en la red, que se mueven en el ciberespacio, traspasando, casi imperceptiblemente, las

fronteras estatales, moviéndose en un nuevo espacio, que desconocen y que los coloca en situación de inferioridad, de vulnerabilidad y hasta de riesgo, necesitan un marco jurídico que les brinde estándares mínimos e inderogables de protección, basados en el principio de buena fe, en la seguridad jurídica, en la confianza. Tal como señala Pedro De Miguel Asensio: "La adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores equivalente al que opera en las transacciones tradicionales... es indispensable para generar la confianza de los consumidores en el nuevo medio.[6]

IV. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

1. Contratos internacionales celebrados por medios electrónicos y Derecho Internacional Privado

La relación entre los integrantes del binomio contratos electrónicos internacionales - Derecho Internacional Privado resulta a todas luces indiscutible.

El contrato electrónico ha sido objeto de diversas definiciones que cuentan con algunos rasgos comunes. En síntesis, podemos decir que un contrato electrónico o cibercontrato es aquel que se celebra mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos.[7]

Ahora bien, resulta imperioso determinar el carácter internacional de un contrato electrónico. En efecto, ello es de una importancia superlativa ya que sólo en este supuesto, las partes podrían elegir, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la ley que regirá su contrato, con los límites que señalaremos a continuación, principalmente cuando una de las partes es un consumidor.

Cuando, en cambio, estemos en presencia de un contrato interno, local, que no posea elementos extranjeros objetivamente relevantes para nuestro sistema jurídico, resultan aplicables, a falta de normativa específica en la materia, los artículos 1137 y siguientes del Código Civil Argentino dedicados al régimen legal de los contratos[8], o bien en el caso de que se trate de contratos con consumidores, se aplicará la Ley de Defensa del Consumidor N° 24. 240.[9]

A fin de realizar dicha significativa distinción, se sostiene que la ubicación de los sistemas de información del iniciador y del destinatario de un mensaje de datos no es un elemento

---

[5] En el mismo sentido, se ha pronunciado FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser", en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

[6] DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 325.

[7] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 21 y ss.

[8] Para un desarrollo de la aplicación de las normas del Código Civil pertinentes a los contratos electrónicos locales, puede verse GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento", en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902

[9] En la República Argentina, un contrato de consumo es aquel en que una de las partes es un consumidor definido como "las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminadas." (artículo 1° de la Ley 24.240).

determinante de la internacionalidad del contrato electrónico.[10] Cabe señalar que en esta inteligencia, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 adopta el criterio del lugar del establecimiento.[11] En el mismo sentido, el artículo 1º de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (que, adelantamos, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo) dispone que la misma será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados (artículo 1.1). Esta circunstancia deberá resultar del contrato o de los tratos entre las partes, o de la información por ellas revelada en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste (artículo 1.2). A su turno, el artículo 4.h define "establecimiento" como todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar. Y a través del artículo 6 se presume que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la que hizo esa indicación no tiene ningún establecimiento en ese lugar. Asimismo, es importante destacar que la convención que analizamos distingue claramente la noción de "domicilio real", denominándolo "establecimiento" del "domicilio virtual". En efecto, dispone que un lugar no constituye establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan tener acceso a dicho sistema de información (artículo 4.4). Tampoco el uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a un país crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en tal Estado (artículo 4.5).

En cambio, para su aplicación, no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato (artículo 1.3).

Debe quedar claro, entonces, que no todo contrato por el solo de hecho de que se realice en el ciberespacio, en un espacio virtual sin fronteras aparentes, es a la vez de índole internacional.

A los fines de este trabajo, finalmente, cabe tener en cuenta la distinción entre un contrato electrónico internacional celebrado entre profesionales o empresarios (B2B) y aquél concluido con un consumidor (B2C).[12] En efecto, la presencia de una parte débil en esta segunda relación

---

[10] OYARZÁBAL, Mario, "La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 3.

[11] Artículo 15.4. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

[12] Las transacciones B2C constituyen probablemente la manifestación más evidente del comercio electrónico, ya que permiten la venta de bienes y servicios a precios considerablemente más bajos, en beneficio de los consumidores y brinda nuevas oportunidades a las pequeñas y medianas empresas. Cfr. MONCAYO von HASE, Andrés, "Litiges relatifs au commerce électronique et à l´arbitrage: obstacles

contractual genera la necesidad de prever regímenes jurídicos diferentes. Además, ello incide directamente en los alcances de la autonomía de las partes tanto en la elección de la jurisdicción como de la ley aplicable.[13] Por otro lado, algunos autores entienden que, dada la escasa cuantía económica de las transacciones en que participan generalmente los consumidores, se justifica la solución de los litigios que pudieran surgir a través de medios alternativos, prácticos, eficaces y poco onerosos.[14]

2. Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos

En materia de contratos internacionales de consumo, debemos tener en cuenta que las leyes internas de defensa del consumidor son aplicables en principio sólo respecto de casos nacionales. En cambio, los contratos de consumo internacionales deberán regirse por el derecho que resulte aplicable como consecuencia del funcionamiento de las normas de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor resultará aplicable, en principio, cuando el contrato se encuentre sometido al derecho local argentino. Sin perjuicio de ello, algunas de sus disposiciones en particular pueden llegar a constituir principios que forman parte del orden público internacional, lo cual limitaría la aplicación del derecho extranjero.[15]

Sin embargo, podríamos considerar, con un sector de la doctrina, que en su conjunto, las normas nacionales de protección de los consumidores son leyes de policía o normas imperativas y en consecuencia no serían necesarias normas de derecho internacional privado protectorias del consumidor ya que en definitiva el consumidor domiciliado o con residencia habitual en un país o nacional de un país estaría siempre protegido por la aplicación probable de estas normas.

No obstante, coincidimos con la Profesora Lima Marques en el sentido que tal conclusión deja afuera a ciertas situaciones: “1) Al consumidor turista, que siempre compra en forma “internacional”, sin protección especial alguna, pues litigará normalmente en foros extraños (...) 2) Al consumidor interamericano... cuando contrata a distancia o por comercio electrónico. Ello, porque no es cierto que las normas imperativas o de orden público del país de domicilio del

---

juridiques et enjeux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

[13] Cfr. MONCAYO von HASE, Andrés, "Litiges relatifs au commerce électronique et à l´arbitrage: obstacles juridiques et enjeux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

[14] FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 5, p. 2. Disponible en http://www.reei.org. En este sentido, cabe hacer referencia al proyecto ECODIR, un mecanismo de conciliación y mediación en línea para resolver las controversias surgidas de las relaciones transfronterizas de consumo (http://www.ecodir.org).

[15] En igual sentido, IUD, Carolina, “Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (elDial.com), Ed. Albremática, junio de 2006; SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 36, Ed. Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 44-45.

consumidor serán aplicadas por “discreción” del juez del foro competente, generalmente, el del proveedor.”[16]

Por otra parte, en general, es aconsejable que las partes de un contrato cibernético internacional ejerzan su autonomía de la voluntad pues ante la ausencia de convenciones internacionales en la materia y de deficientes o inexistentes normas de fuente interna, aquellas podrán preseleccionar la ley que resultará aplicable en caso de una eventual controversia, evitando una notoria impredecibilidad e inseguridad jurídicas. Sin embargo, tal como explica Feldstein de Cárdenas, a fin de ser aplicado en el ámbito de los contratos electrónicos este principio, tan preciado en materia de contratación internacional, deberá ser reformulado, de modo tal de limitar sus alcances, principalmente, porque estos acuerdos celebrados a través de medios electrónicos las más de las veces son contratos por adhesión o con cláusulas predispuestas.[17]

Así, por ejemplo, la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 en su artículo 5 prevé límites a la autonomía de las partes en los contratos de consumo, tal como veremos más adelante.[18]

En similar sentido, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la Mesa Redonda sobre comercio electrónico (Ginebra, 1999) recomendó que en relación con las operaciones B2B, la autonomía de la voluntad de las partes continúa siendo el principio rector tanto respecto de la jurisdicción competente como de la ley aplicable. Distinto es el caso de las relaciones B2C. En este sentido, se ha propuesto la implementación de un sistema de certificación de los sitios *web*, que incluiría reglas mínimas de protección de los consumidores, y un sistema de solución de controversias equitativo y de fácil acceso que podría ofrecerse a los consumidores sin ningún costo. Si un sitio obtiene la certificación, podría preverse la aplicación del derecho del país de origen. En caso contrario, resultaría aplicable la ley del lugar del domicilio o residencia del consumidor.

En relación con los criterios subsidiarios, a falta de elección de la ley aplicable, la doctrina mayoritaria sostiene que el punto de conexión que prioriza la protección al consumidor es el lugar de su residencia habitual, pues ella es la que se presupone mejor conocida por él. Sin embargo, tal como señala Uzal, “han de armonizarse sus derechos con los de las demás partes de la transacción” y ello resultará razonable y admisible sólo si se da la concurrencia de algún elemento

---

[16] LIMA MARQUES, Claudia, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, extractos del Curso: “La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general”, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en:
http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

[17] Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “Internet y Derecho Aplicable" *en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 4, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

[18] El artículo 5 del Convenio de Roma establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual".

fáctico determinante "que marque proximidad con la parte oferente".[19] Es decir, debe darse alguna otra conexión acumulativa, como por ejemplo que la celebración del contrato hubiera sido precedida, en el país de residencia habitual del consumidor, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta. Tales son los supuestos que prevé la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 (artículo 5.2.)

3. Jurisdicción competente a los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos

La prórroga de jurisdicción, un mecanismo de gran utilidad en el comercio internacional, presupone el libre consentimiento de ambas partes, como resultado del equilibrio en el poder de negociación. Sin embargo, este presupuesto, tal como afirma Najurieta es difícil de asegurar en los contratos concluidos por consumidores en los cuales se destaca la desigualdad funcional entre los dos contratantes, debido a la actividad profesional de uno y la inexperiencia del otro. [20]

En este sentido, debemos recordar que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden qu**e** las cláusulas de prórroga de jurisdicción internacional en contratos de adhesión no resultan invalidantes *per se* del consentimiento contractual "salvo que se constate la existencia de una irrazonable disparidad del poder negociador o una lesión al derecho de debido proceso al colocar al adherente en situación de grave dificultad de acceso a la justicia y propone evaluar la conformidad de partes de acuerdo a las reglas de la moderna contratación, tomando en consideración la persona del adherente y la excusabilidad del error".[21] En el mismo sentido, se han expedido nuestros tribunales en el caso "Quilmes Combustibles S.A. c. Vigan S.A."[22]

Ahora bien, específicamente en materia de contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos, tendremos que analizar si los acuerdos de prórroga de jurisdicción a favor de un juez distinto al de su domicilio no constituirían una cláusula abusiva en los términos del artículo 37 de la Ley 24.240, que invalidaría la elección de dicho foro.[23]

---

[19] UZAL, María Elsa, "La Protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado", *en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,* Año 24, 1991 – A, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 254 – 255.

[20] NAJURIETA, María Susana, "Conflicto de Jurisdicciones en caso que involucran a Consumidores" en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1991 – A, año 24, Ed. Depalma, p. 212.

[21] Cfr. IUD, Carolina, "Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integraci*ón (elDial.com), Ed. Albremática, junio de 2006.

[22] CNCom. Sala C, 15/03/1991. En *ED* 150-305.

[23] El artículo 37 de la Ley 24.240 dispone en su parte pertinente: "Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

Asimismo, bien se podría interpretar que las cláusulas de prórroga de jurisdicción en contratos de consumo pueden vulnerar el orden público internacional cuando se ve afectado el principio de defensa de justicia, el derecho a la jurisdicción, el acceso a la justicia.

En efecto, en las relaciones virtuales, los lugares de residencia o domicilio de las partes pueden estar extremadamente alejados físicamente. Por ende, la obligación de desplazamiento del consumidor a un lugar tan lejano, con los tiempos y costos que ello importaría, bien podría ser calificado de abusivo, dado que, en la práctica, se le impediría, o cuanto menos, quedaría muy restringido el acceso a la justicia para el consumidor.

Es por ello, que para algunos autores, el recurso a los tribunales judiciales estatales no es la solución ideal en materia de contratación electrónica internacional y en particular cuando son contratos de consumo. Con este espíritu, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) recomienda como primera medida, utilizar los mecanismos internos de la propia empresa para solucionar el reclamo del consumidor. En segundo lugar, si el diferendo persiste, las partes deberían recurrir a un mecanismo alternativo de resolución de controversias *on line* (ODR). Solamente, como último recurso, las partes deberían acudir a la justicia.[24]

Por otro lado, cuando las partes no han prorrogado la jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo, la tendencia más generalizada es propiciar el "forum actoris".

Asimismo, se han definido dos criterios para establecer como juez competente el del lugar de domicilio del "consumidor pasivo": 1) se puede demandar en tal lugar al profesional que normalmente ejercita en dicho país sus actividades comerciales (mercado natural del empresario); 2) se puede demandar en un país al profesional que dirige específicamente su actividad hacia ese país o países determinados, protegiendo al "consumidor pasivo" que ha sido "asaltado" en su país por actividades comerciales de un empresario radicado en otro país. Así, éste acepta el riesgo de ser demandado en ese "mercado de conquista".

En cambio cuando el consumidor es quien se desplaza al país donde opera normalmente el empresario (consumidor activo), éste puede demandar en el país de su domicilio, pues el consumidor asume el riesgo de litigar en el país en cuyo mercado penetró.[25]

V. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA LUZ DE LAS NORMAS VIGENTES

Tal como observa Lima Marques, "las normas nacionales, reguladoras del comercio internacional, y el derecho uniforme del comercio internacional o la denominada *lex mercatoria*, en general no se

---

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor..."

[24] CCI, "La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique", junio de 2001. Documento ECP/AH1-100.

[25] Cfr. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 630.

preocupan de proteger al consumidor y, al contrario, tratan de excluir estos contratos de su campo de aplicación."[26]

Efectivamente, podemos adelantar que existe un importante vacío en el Derecho Internacional Privado Americano, tanto de fuente interna como convencional en materia de protección del consumidor tradicional así como del consumidor posmoderno o ciberconsumidor.

1. Normas de fuente interna

A fin de remediar la desigualdad de las partes en las relaciones de consumo, los legisladores nacionales se han ocupado de dictar leyes protectorias que procuran hallar un cierto equilibrio negocial entre los contratantes.

Argentina cuenta con la ley de defensa del consumidor N° 24.240 de 1993 que se declara de orden público (art. 65).

El artículo 1º establece: "La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles, b) la prestación de servicios, c) la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada".

Sin embargo, tanto nuestra ley como la de los restantes países de la región tienen por finalidad proteger al consumidor en casos nacionales, que no presentan ningún elemento extranjero.

En cambio, no encontramos en la legislación nacional vigente, normas de derecho internacional privado sobre jurisdicción o sobre ley aplicable que contemplen los casos internacionales de contratos de consumo.

En la República Argentina, recientes proyectos de reforma han incorporado esta delicada cuestión. Así, el Libro VIII de Derecho Internacional Privado del Proyecto de Ley de Unificación de los códigos Civil y de Comercio (54-P.E.- 99 - Mensaje PEN 731/ 99) en el artículo 256 dispone en materia de jurisdicción que: **"**Las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo, deben interponerse ante los tribunales de su domicilio. A elección del actor, pueden también interponerse ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, los del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes o ante los del domicilio del demandado..." Asimismo establece que en caso de contratos concluidos por consumidores sólo se admiten los acuerdos de prórroga de jurisdicción posteriores al nacimiento de la controversia.

[26] Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, "La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo", extractos del Curso: "La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general", Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en:
http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

A su vez, en materia de ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores, el artículo 2613 proyectado, establece que se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos:

a) Si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.

b) Si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado.

c) Si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.

Tal como podemos apreciar se excluye la posibilidad de elección de la ley aplicable.

Por su parte, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J. y D.H.191/02 y Res.M.J.S .y D.H.134/02, presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003 contiene normas sobre jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones de consumo.

Así, el artículo 27 establece que **"**Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías, o del cumplimiento de la obligación de garantía o del domicilio del demandado (...) En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro."

Asombra que el Proyecto de Código no contemple la competencia del juez del lugar de domicilio o residencia habitual del consumidor (principio del "Forum Actoris"), máxime siendo ésta la tendencia predominante.

Respecto de la ley aplicable, el artículo 79 prescribe: "Los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido. En los contratos con consumidores no se aplican los artículos 69 a 73." En consecuencia, la norma proyectada excluye directamente la autonomía de la voluntad para este tipo de contratos.

2. Normas de fuente internacional

En el ámbito convencional en materia contractual, ya sea respecto de ley aplicable o de jurisdicción, encontramos diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, suelen no regular o directamente excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores.

Así, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 - que nos vinculan con Bolivia, Perú y Colombia – y los de 1940 vigentes en la Argentina, Paraguay y Uruguay, regulan la jurisdicción competente así como la ley aplicable en materia contractual utilizando los criterios clásicos, sin hacer ninguna alusión específica a los contratos de consumo.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, concluida en Viena en 1980, en su artículo 2 establece que no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.

Al respecto, Garro y Zuppi afirman que la razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido la de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor.[27]

Asimismo, la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías (no vigente), suscripta en la ciudad de La Haya el 30 de octubre de 1985, señala que no será aplicable, entre otras, a las ventas de mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en el momento de celebrarse el contrato, no hubiese sabido ni debido saber que las mercaderías se compraban para darles ese uso (artículo 2).

La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, a diferencia de la Convención de Roma de 1980 de la Unión Europea, no previó ninguna norma especial para el contrato de consumo internacional. Además, las conexiones flexibles elegidas y la amplitud con que es receptada la autonomía de la voluntad se adecuan a las relaciones entre comerciantes internacionales, más no a las contraídas con consumidores.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales también excluye de su ámbito de aplicación a los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos (art. 2.a). En la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL aclara que a diferencia de la exclusión en el mismo sentido que establece el artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías la exclusión de este tipo de operaciones en el marco de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es absoluta, lo cual significa que la Convención no será aplicable a los contratos celebrados con fines personales, familiares o domésticos, aún cuando esa finalidad no resulte evidente para la otra parte.

[27] GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 81.

En consecuencia observamos que muy pocas organizaciones internacionales y foros de codificación internacional se han ocupado del tema, por el contrario tienden a excluirlo. Cabe destacar, sin embargo, los esfuerzos de Naciones Unidas a través de la formulación de las Directrices para la protección del consumidor.

Asimismo, en 1999 la OCDE ha elaborado las Directrices para la Protección del Consumidor en el contexto del comercio electrónico, cuya principal finalidad es garantizar una protección transparente y eficaz de los consumidores, a través de la obligación de información apropiada relativa a las actividades, a los bienes y servicios que son objeto de comercio electrónico y en general, a las operaciones realizadas en línea, y sobre los procedimientos eficaces de resolución de litigios, a favor de los consumidores. En tal sentido, recomienda a los países tomar en cuenta la vulnerabilidad del consumidor en Internet para ofrecer una protección jurídica transparente y equivalentemente funcional a la que se otorga comúnmente en otras formas de comercio. Además aconseja el desarrollo de políticas y esquemas de resarcimiento económico y el uso de mecanismos de resolución de controversias en línea, para hacer frente al obstáculo que representa la jurisdicción y el derecho aplicable en Internet para poder brindar una mayor certeza al consumidor que realiza transacciones de comercio electrónico.[28]

Por último, cabe señalar que en junio de 2003 la OCDE publicó los Lineamientos para Proteger a los Consumidores de Prácticas Comerciales Fraudulentas y Engañosos a través de las fronteras.

3. Normas de fuente regional

a. El caso del Mercosur

Respecto del derecho interno de los Estados miembros del Mercosur, nos encontramos con la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (24.240/93 y modificatorias), el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (8.078/90 y modificatorias), la Ley Paraguaya de Defensa del Consumidor y del Usuario (1.334/98) y la Ley Uruguaya de Defensa del Consumidor (17.250/00).

En la órbita de la Comisión de Comercio del Mercosur se creó el Comité Técnico Nº 7 de "Defensa del consumidor", al que se le encomendó la misión fundamental de elaborar un proyecto de Reglamento del consumidor para el Mercosur.

Así en el marco del Mercosur, se han dictado una serie de normas de derecho derivado sobre defensa del consumidor: resoluciones GMC N° 126/94, 123/96, 124/96, 125/96, 126/96, 127/96, 48/98 y 21/2004.

En 1994 el Grupo Mercado Común emitió la Resolución 126/94 por la cual dispuso que hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado Parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio. Pero dejando a salvo que en ningún caso se podrá imponer a los

[28] Véase al respecto, SERRA CAMBACERES, Antonio, "Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico", en *JA* 2004-I, 1224.

bienes provenientes de los Estados partes exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países.

Por su parte, la Resolución 123/96 se refiere a la calificación de conceptos fundamentales como consumidor, proveedor y relación de consumo. La Resolución 124/96 establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores.

A su turno, la Resolución 125/96 fija las pautas concretas tendientes a lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores. La Resolución 126/96 establece los distintos parámetros a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo a los efectos de no ser considerada abusiva o engañosa.

Por su parte, en diciembre de 2000 los presidentes de los Estados partes del bloque, reunidos en Florianópolis, emitieron una Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, comprometiéndose a una armonización progresiva de sus legislaciones en este aspecto.

Recientemente, el GMC aprobó la Resolución 21/2004 que a fin de favorecer la confianza en las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet, prescribe que debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas. Dicha resolución se aplicará a todo proveedor radicado o establecido en alguno de los Estados Partes del Mercosur (artículo 1°).[29]

En relación con los acuerdos de derecho constitutivo del Mercosur sobre contratos internacionales, debemos recordar que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (MERCOSUR\CMC\DEC N° 1/94) excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (artículo 2.6)

Sin embargo, en diciembre de 1996, el Consejo Mercado Común suscribió el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC Nº 10/96 del 22 de diciembre de 1996), fruto del trabajo de la Reunión de Ministros de Justicia. Este Protocolo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del Mercosur, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte.

Tal como nos recuerda Perugini “a medida que se avanzaba en el estudio y elaboración del Protocolo de Buenos Aires se advertía la necesidad de dedicarle un instrumento independiente al de consumo. Varias fueron las razones por las que se decidió desagregarlo del Protocolo de Buenos Aires. La diferencia de posiciones frente a la autonomía, el tratamiento diferenciado entre el consumidor y su contraparte, la necesidad de adecuar el proceso para proteger al consumidor,

[29] Véase, CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge Oscar, “La información al consumidor en el comercio a través de Internet: la nueva normativa para el Mercosur”, en *ED* 214-724.

por ejemplo. Por otra parte, tratar cada jurisdicción separadamente permitía concluir antes el Protocolo y otorgar al Mercosur en no más de dos años un instrumento útil a sus objetivos de armonización."[30]

No obstante, hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que "La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del "Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común." Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

b. El caso de la Unión Europea

En la Unión Europea, existe un importante entretejido de normas que se ocupan de la defensa del consumidor en el ámbito comunitario. Haremos mención de las que consideramos más significativas.

En materia de ley aplicable, el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales define a los contratos de consumo como aquellos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.

El artículo 5.2 dispone que la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

- Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
- Si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o
- Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

Si las partes no hubieran elegido ley aplicable, la Convención de Roma establece que estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descriptas precedentemente.

En materia de jurisdicción internacional, el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de

[30] Cfr. PERUGINI ZANETTI, Alicia, *Derecho Internacional Privado del Consumidor*, XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado. Rosario,

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[31] manifiesta en sus considerandos que en cuanto a los contratos celebrados por los consumidores, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales (considerando 13) y que en este tipo de contratos debe preverse una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente (considerando 14).

En este sentido, en la Sección 4 la norma comunitaria regula la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores. El artículo 15 modifica sustancialmente el ámbito de aplicación de la norma pertinente del Convenio de Bruselas, permitiendo la inclusión de todos los contratos celebrados por consumidores sin necesidad de que tengan por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías. El objetivo de la modificación es dar respuesta a las exigencias del comercio por Internet, dejando en claro que es de aplicación a los contratos de consumo celebrados a través de sitios web activos[32], que dirigen sus actividades al Estado del domicilio del consumidor. Así también, la norma comunitaria elimina el requisito previsto por el Convenio de Bruselas relativo a que el consumidor hubiese realizado los actos necesarios para la celebración del contrato, dado que en el ciberespacio media una significativa dificultad para localizar esos actos.[33]

El Reglamento establece en su artículo 16 que la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor. Sin embargo, la acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor.

Respecto a la celebración de un acuerdo de prórroga, el Reglamento prescribe que solamente será válido si cumple con determinadas condiciones: 1) ser posterior al nacimiento del litigio; o 2) que permita al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados por el propio reglamento, o 3) que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuya competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos. (artículo 17)

2005

[31] Según el artículo 68 el Reglamento sustituye, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

[32] La jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos, a partir del caso “Zippo” ha dado origen a la distinción entre sitios web activos (o interactivos) y pasivos. Un sitio web pasivo es aquel que meramente contiene publicidad o información a la que los usuarios de la red pueden acceder o ver desde cualquier jurisdicción, pero no posibilita la realización de actos como la introducción de datos, en respuesta a una invitación del sitio. En cambio, un sitio web activo es aquel que brinda algún tipo de servicio, que implica interacción con el usuario. Mientras que los sitios activos son considerados generalmente por los tribunales como una conexión suficiente con el foro para el ejercicio de la jurisdicción, en el caso de los sitios pasivos, los jueces mayoritariamente han requerido contactos adicionales para declararse competentes. Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 57 y ss.

[33] Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *op. cit*., p. 442 – 443.

Por otro lado, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico ha tenido en cuenta las normas comunitarias sobre protección del consumidor, y en especial las disposiciones de la Directiva 97/7/CE sobre protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

En sus considerandos, expresa que es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores establecer un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior.

La Directiva no afecta al nivel de protección de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios; en especial la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, constituyen un instrumento esencial para la protección del consumidor en materia contractual. Dichas Directivas se seguirán aplicando en su integridad a los servicios de la sociedad de la información; también forman parte de este acervo comunitario, plenamente aplicable a los servicios de la sociedad de la información, en particular, la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, entre otras.

Asimismo, la Directiva 2000/31/CE no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores; por lo tanto, no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las normas obligatorias relativas a las obligaciones contractuales que impone la legislación del Estado miembro en que tiene su residencia habitual.

En consecuencia, para los consumidores no se aplica el principio general de la ley del país de origen, la ley del proveedor.

4. Propuestas presentadas para la CIDIP VII

Es muy auspicioso que con miras a la CIDIP VII, se haya seleccionado la Protección al Consumidor para tratar en su agenda. En efecto, algunos de los Estados miembros de la OEA han realizado interesantes propuestas: la delegación de Brasil presentó una propuesta de Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a algunos Contratos y Relaciones de Consumo; la delegación de los Estados Unidos presentó un esquema para una Ley Modelo sobre Mecanismos de Restitución Monetaria para Consumidores; y la delegación de Canadá presentó un informe sobre la Jurisdicción y la Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico.

En mayor o menor medida, todas estas propuestas contemplan el tema peculiar que nos ocupa.

Así, la propuesta de Canadá sobre la elaboración de una legislación modelo sobre jurisdicción y normas sobre conflicto de leyes, aplicables en forma uniforme en materia de contratos con el consumidor, contempla algunos aspectos vinculados a los contratos internacionales de consumo

celebrados a través de medios electrónicos. En efecto, considera que “Aunque las transacciones con el consumidor, realizadas electrónicamente o por otros medios, están sujetas a normas tradicionales relativas a la competencia en materia de competencia, el comercio electrónico plantea dificultades para la aplicación de ese marco existente. La inexistencia de fronteras que caracteriza a la Internet hace difícil determinar el lugar de celebración de un contrato”.

En tal sentido para que la legislación modelo propuesta ofrezca mayor certidumbre y previsión, se considera necesario que aborde, entre otros, los siguientes temas: “Efectividad de la protección en línea: La protección del consumidor en línea no debe ser menos eficaz que la que rige las transacciones con el consumidor realizadas a través de los medios de comunicación tradicionales” y “Crecimiento del comercio electrónico. Las normas sobre conflicto de leyes no deben ser un impedimento al continuo crecimiento del comercio electrónico.”

A su turno, el proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo elaborado por la Profesora Claudia Lima Marques, en su artículo 2° dispone que “1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios. 2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor.”

Asimismo, en el artículo 3° sobre normas imperativas establece que “1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor. 2. En el caso en que la contratación hubiera sido precedida por cualquier actividad negocial o de marketing, por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidades, correspondencias, e-mails, premios, invitaciones, filiales existentes o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y la atracción de clientela en el país del domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de ese país, para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y de la ley aplicable al contrato o relación de consumo.”

Finalmente en el borrador de propuesta de Ley Modelo Interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y reparación a favor de los consumidores, presentada por los Estados Unidos de América al calificar “Solución de Controversias” dispone que comprende e incluye “mecanismos formales e informales, *en línea* o fuera de línea, así como mecanismos ante el sector privado, el sector público, y mecanismos administrativos y judiciales...”

Tal como podemos apreciar las propuestas principales presentadas por los Estados miembros de la OEA para la CIDIP VII contienen normas que contemplan la situación del consumidor virtual, los medios electrónicos a través de los cuales se llevan a cabo un número cada día más significativo de contratos de consumo internacionales así como la alternativa de medios de resolución de controversias *on line.*

VI. NECESIDAD DE NUEVAS NORMAS PROTECTORIAS DEL CIBERCONSUMIDOR

La pregunta que a esta altura nos planteamos es: ¿Acaso resulta necesario elaborar normas de Derecho Internacional Privado especiales para la protección de los consumidores? ¿O las conexiones tradicionales en materia de contratación internacionales son suficientes? Y en todo caso: ¿es necesario considerar la particular situación de los ciberconsumidores?

Las normas existentes tienen en mira relaciones comerciales internacionales entre partes que tienen semejante poder de negociación, que son profesionales y como tales, cuentan con la experiencia necesaria para pactar la ley aplicable así como el juez o el árbitro que dirimirá sus controversias.

Sin embargo, este presupuesto no es el mismo que implica una relación de consumo, en la que las partes se encuentran en una situación de fuerzas desigual.

A fin de encontrar una solución justa para tales casos, se ha pensado en la aplicación de la *lex fori.*

Sin embargo, tal como señala Lima Marques "esta solución territorialista no es oportuna pues no promueve la armonía de decisiones y acaba por aumentar las tensiones entre el comercio internacional, cada vez más uniformizado y protegido, y las legislaciones nacionales o regionales, que dejan desamparados a sus consumidores, especialmente en los países del tercer mundo, permitiendo el abuso y el uso de modalidades, fuertemente diferenciadas..."

Además "no es suficiente, pues deja siempre desamparada a parte de los consumidores nacionales, pues nunca basta para proteger al consumidor turista, ni protege eficazmente al consumidor actual, que contrata internacionalmente por teléfono, cable o Internet, sin conciencia clara de qué ley se aplica a esta relación, o cuáles son exactamente sus derechos y garantías materiales, sus privilegios (o no) de foro."[34]

Por otra parte, no necesariamente la ley local alcanza un estándar de protección más alto que el de la ley extranjera que resulte aplicable.

En definitiva, consideramos que los contratos de consumo requieren de normas especiales que contemplen la peculiar situación de desequilibrio en que se encuentran las partes y que diferencia,

[34] LIMA MARQUES, Claudia, "La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo", extractos del Curso: "La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general", Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en:
http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

caracteriza este tipo de contratos. Las normas existentes previstas para el comercio internacional no se adecuan a la realidad del consumidor. Tal afirmación, por otro lado, es mucho más corroborable cuando se trata de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional a través de medios electrónicos dado que en general el grado de indefensión en que se encuentra aquél tiende a ser mayor.

VII. REFLEXIONES FINALES

Los derechos de consumidores y usuarios han sido reconocidos por el legislador nacional y provincial y, en especial, por la propia Constitución de numerosos Estados Americanos, entre ellos la República Argentina que los garantiza desde la reforma de 1994 en su artículo 42.

Estos derechos llamados de tercera generación tiene por loable finalidad proteger a los consumidores, procurando restablecer el equilibrio entre una relación desigual como es la que se da entre aquellos que consumen bienes y productos o utilizan servicios y quienes se los proveen.

Si bien es una realidad vigente desde muchos siglos que prácticamente todas las personas, en mayor o menor medida, son consumidores, en la actualidad, con la proliferación de los medios electrónicos, la reducción de las distancias y la irrupción del comercio electrónico B2C, las relaciones de consumo han adquirido nuevas características y en especial, se han internacionalizado a gran escala.

Es por ello, que el Derecho Internacional Privado no puede permanecer ajeno a esta realidad. Por el contrario, debe asumir su rol de herramienta indispensable para proveer a los consumidores y en particular, a los denominados ciberconsumidores de un marco jurídico transparente y confiable que les ofrezca un alto grado de certidumbre respecto de la ley que resultará aplicable así como del juez que será competente en caso que surja una controversia, y les brinde, asimismo, mecanismos alternativos de resolución de disputas eficaces y rápidos que les permitan resolver todo tipo de conflicto que se suscite en torno de la relación de consumo.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 41, 2000.

ARIAS de RINCÓN, María Inés, “La protección al consumidor en el comercio electrónico”, en *Revista Derecho y Tecnología* N° 6/7, junio de 2005.

BAUMGARTNER, Jeffrey – Schulze, Corinna. *Don¨t panic!, Do electronic commerce*. Unión Europea. Comisión Europea de Comercio Electrónico. 2000.

BRENNA, Ramón G., “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley” *en Informática y Derecho (Aportes de Doctrina Internacional*). Volumen 7 Comercio electrónico”, o en http://ecomder.com.ar

BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge Oscar, "La información al consumidor en el comercio a través de Internet: la nueva normativa para el Mercosur", en ED 214-724.

COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.

CORRÊA JACQUES, Daniela, "Direito internacional privado e direito do consumidor: adequação dos métodos de direito internacional privado para a proteção do consumidor", en *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS,* Universidade Federale do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Vol 1, 2004

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

DICKIE, John, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 1999.

DRAETTA, Ugo, "Internet et commerce électronique en droit international des affaires", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005.

DREYZIN de KLOR, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado,* Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.

FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.

Jurisdicción internacional en materia contractual, en ALTERINI, Atilio A. (dir.*), Colección Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

"Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet", en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

"La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser", en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

“Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

“Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

“El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.

“El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

“Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., “La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES),* ISSN N° 1514-9358, Volumen XI, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2007.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.

GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.

GARRO, Alejandro y PERALES VISCASILLAS, Pilar, “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)”, *RCE,* núm. 44, diciembre 2003, pp. 39-56

GOLDENBERG, Pablo y MARÍ HERNÁNDEZ, Alvaro, "La Contratación en Internet, en *Revista El Derecho* 170-1093.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

GUILLEMARD, Sylvette, “Le cyberconsommateur est mort, vive l´ahérent”, en Journal du Droit International, N° 1 (janvier – fevrier – mars), Juris Classeur, 131e année, París, 2004.

IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed Depalma, Buenos Aires, 2005.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas", *RCE,* núm. 40, julio/agosto 2003, pp. 5-23

Derecho de la Contratación Electrónica, Madrid: Civitas, 2001.

IUD, Carolina, "Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción", en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración (elDial.com), Ed. Albremática, junio de 2006.

JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne", en *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II.

LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico).* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

"La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo", extractos del Curso: "La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general", Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en: http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coordinadores), *Defensa del consumidor*. Ábaco. Buenos Aires, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis, La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional MERCOSUR, en*. Revista Jurídica La Ley* 1996-E-1303/1320.

MATOS SANTOLIM, Cesar, "A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro", en *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Universidade Federale do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Vol 1, 2004.

MONCAYO von HASE, Andrés, "Litiges relatifs au commerce électronique et à l´arbitrage: obstacles juridiques et enjeux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

MORALES ARCE, J.B. "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional" en *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.

NAJURIETA, María Susana, “Conflicto de Jurisdicciones en caso que involucran a Consumidores” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1991 – A, año 24, Ed. Depalma, p. 212.

NOODT TAQUELA, María Blanca, “El comercio electrónico en el Mercosur”, en *Jurisprudencia Argentina* 2000-IV-1188.

NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-II, ps. 929 a 940.

OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.

"La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.

PAISANT, Gilles, “La defensa del consumidor en la Unión Europea”, *en Derecho del Consumidor: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación,* Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, La Plata; Vol. 11, 2000.

PALAZZI, Pablo, PEÑA, Julián, "Comercio Electrónico y Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 17, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

PERUGINI ZANETTI, Alicia, *Derecho Internacional Privado del Consumidor*, XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado. Rosario, 2005

PESSÓA CAVALCANTI, Marise, “A proteçâo do consumidor no Mercosul e na Uniâo Européia”, en *JurisPoiesis:* revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Vol. 8, 2005.

SERRA CAMBACERES, Antonio, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, en JA 2004-I, 1224.

SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 36, Ed. Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2003.

SIRELLI, Pierre, "L´adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l´État", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds*), Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law International , La Haya , 2000.

STIGLITZ, Gabriel A., “El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR”, en *Revista Jurídica La Ley* 1995-B-1361/1374.

TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.

UZAL, María Elsa, “La Protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 24, 1991 – A, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 254 – 255.

SEGUROS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL: LA INFLUENCIA DE LOS NUEVOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE CONTRATACIÓN

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica S. Rodríguez,

Flavia A. Medina y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

El comercio internacional genera numerosos riesgos que los operadores cubren con diferentes tipos de seguros. Así, el contrato de seguros está siempre presente en la operatoria normal y habitual del comercio exterior.

En esta materia, el arbitraje aparece como la forma principal de resolución de disputas entre las partes intervinientes. Sus innumerables beneficios (celeridad, profesionalidad de los árbitros, confidencialidad, neutralidad, etcétera) lo convierten en el medio preferido de los operadores de los negocios internacionales para solucionar sus posibles controversias.

La aparición de Internet ha incrementado exponencialmente el número de contratos internacionales. La web logra saltar las distancias, acercando a las partes de manera rápida, dinámica y a un muy bajo costo. De esta forma, los mercados se amplían y las relaciones que cruzan las fronteras se multiplican.

Los nuevos medios de contratación electrónica, en efecto, han modificado sustancialmente las negociaciones, en especial, en el área internacional. Los contratos de seguros no son la excepción y tanto las estipulaciones entre las partes del contrato principal (que origina el riesgo asegurado) como las de las propias pólizas se encuentran alcanzadas por la influencia avasallante de Internet.

II. EL CONTRATO DE SEGUROS Y EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE DISPUTAS

En el ámbito de los contratos internacionales, el arbitraje resulta ser el mejor método para resolver las controversias en forma rápida y eficaz.

Si las partes que se encuentran involucradas en una transacción internacional deciden solucionar sus eventuales o actuales desavenencias mediante el recurso del arbitraje, usualmente ellas esperan contar con:

1) Un foro neutral que sepa interpretar sus derechos y resolver sus disputas sin interferencia de los tribunales estatales;

2) La posibilidad de recurrir a un tribunal imparcial para frenar una decisión teñida de serias irregularidades y

3) La seguridad de que el laudo podrá ser sumaria y rápidamente ejecutado en un procedimiento sin que los tribunales estatales puedan revisar el fondo de la cuestión debatida. Dentro de esta orientación se encuentra la célebre Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, que es sin lugar a dudas el instrumento jurídico internacional más exitoso en la esfera del arbitraje internacional. Una prueba de su relevancia reside por un lado, en el número considerablemente alto de laudos que han sido ejecutados bajo su ámbito y por el otro, el incremento de reformas implementadas por los derechos estaduales para acompañar su aplicación.

Sin embargo, específicamente en materia de seguros, los métodos de resolución alternativa de conflictos suelen ser resistidos. En otras palabras, siendo el seguro un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, han existido siempre reticencias a la hora de admitir la validez de cláusulas arbitrales insertas en las diferentes pólizas.

Nuestra legislación de fuente interna expresamente prohibe la inclusión de las cláusulas compromisorias en las mismas (art. 57 ley 17.418). Sobre el particular, el Dr. Nicolás Barbato[1], homenajeado en este congreso, ha expresado que dado la característica de contrato de adhesión del contrato de seguros, el legislador ha buscado proteger los intereses del asegurado al impedir que la cláusula compromisoria se imponga como habitual en las pólizas.

Sin perjuicio de ello, entendemos que cabe distinguir las pólizas que aseguran un riesgo argentino de aquellas empleadas habitualmente en el comercio exterior. En otras palabras, la prohibición citada consideramos no puede extenderse al ámbito internacional. Se trata de una cuestión de orden público interno.

Por otro lado, cabe destacar además que en el área de los contratos internacionales no nos encontramos con un asegurador frente a un consumidor sino que el contrato de seguros se celebra con empresas operadoras del comercio exterior (muchas veces multinacionales). Resulta entonces evidente que la protección que pretende el mentado artículo deviene innecesaria cuando nos encontramos en el marco de contratos internacionales.

Además, abona nuestra teoría la carencia de una norma equivalente que prohiba la celebración de acuerdos de arbitraje posteriores al estallido de la controversia. Este hecho, denota una vez más que la finalidad de la disposición del art. 57 busca exclusivamente proteger al asegurado de posibles abusos de las compañías de seguros al imponerles un método de

[1] MEILIJ, Gustavo Raúl y BARBATO, Nicolás Héctor, *Tratado de Derecho y Seguros*, Ed. Zeus, 1975, p. 285.

resolución de conflictos que los sustraiga de la justicia estatal, comprometiéndose eventualmente la imparcialidad del tribunal.

Contrariamente a lo que sucede en el ámbito de los seguros internos, el arbitraje brinda innumerables beneficios que pueden ser aprovechados tanto por aseguradores como por asegurados en el ámbito del comercio internacional.

En consecuencia, en el campo de los negocios internacionales, no debemos excluir este mecanismo idóneo de resolución de controversias ya que en muchas ocasiones, asegurado y asegurador están en igualdad de condiciones jurídicas y económicas, no pudiéndose predicar que una de las partes sea significativamente más débil. En todo caso, habrá que examinar en cada caso en particular si el pacto de elección de foro arbitral es abusivo para el asegurado.

En este sentido, debemos recordar que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que las cláusulas de prórroga de jurisdicción internacional en contratos de adhesión no resultan invalidantes *per se* del consentimiento contractual "salvo que se constate la existencia de una irrazonable disparidad del poder negociador o una lesión al derecho de debido proceso al colocar al adherente en situación de grave dificultad de acceso a la justicia y propone evaluar la conformidad de partes de acuerdo a las reglas de la moderna contratación, tomando en consideración la persona del adherente y la excusabilidad del error".[2] En el mismo sentido, se han expedido nuestros tribunales en el caso "Quilmes Combustibles S.A. c. Vigan S.A."[3]

III. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR INTERNET

Nos interesa ahora aludir a las modificaciones introducidas en este escenario por la contratación electrónica. Como vimos, la introducción de la cláusula arbitral en las pólizas de seguros ha sido resistida a tal punto que la ley de seguros la prohibe expresamente. Dicha proscripción no se aplica, a nuestro criterio, a los contratos internacionales.

Cabe preguntarse que sucede, en este ámbito restrictivo de la doctrina y la jurisprudencia nacional, con cláusulas arbitrales celebradas por medios electrónicos ¿son válidas?

En efecto, la cláusula de elección de foro en la contratación electrónica puede resultar un mecanismo de gran utilidad para las partes ya que les permitirá disipar la incertidumbre que les produce desconocer el juez competente en caso de que surja una controversia entre ellas.

[2] Cfr. IUD, Carolina, "Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (elDial.com), Ed. Albremática, junio de 2006.
[3] CNCom. Sala C, 15/03/1991. En *ED* 150-305.

Los contratantes, en cambio de prorrogar la jurisdicción a favor de tribunales judiciales, pueden optar por resolver sus controversias a través del arbitraje comercial internacional. Para ello, celebrarán una cláusula arbitral, cuya validez dependerá en última instancia de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

En materia de comercio electrónico, se promueve el recurso a medios alternativos de resolución de controversias. En este sentido, la Directiva de la UE 2000/31/CE sobre el comercio electrónico en su artículo 17 dispone "Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas..."

Ahora bien, la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en una doble posibilidad: el arbitraje tradicional y el denominado ciberarbitraje o arbitraje on line.

En efecto, el arbitraje electrónico, también denominado arbitraje telemático, multimedia, on line o virtual es uno de los mecanismos ODR (Online Dispute Resolution), que permite superar los límites geográficos, permitiendo que las partes resuelvan sus controversias a distancia.

Sin embargo, estos ciberarbitrajes plantean una serie de interrogantes ya que tanto las legislaciones nacionales, como las convenciones internacionales y los reglamentos de prestigiosas instituciones arbitrales no suelen prever normas fácilmente adaptables a los procedimientos en línea.

Existen diversos obstáculos, limitaciones que se presentan desde el punto de vista jurídico al arbitraje on line.

En efecto, la doctrina se ha ocupado de enumerarlos. Al respecto, se sostiene que existen por los menos dos grupos: limites materiales, que se relacionan con cuestiones que no son arbitrables y límites formales, vinculados con la exigencia de forma escrita de algunos actos, tales como el convenio arbitral, la demanda, la contestación, la reconvención.

Asimismo, en términos generales, las normas sobre arbitraje prevén instancias en el curso de proceso arbitral en las que las partes y sus representantes deben tener contacto físico, presencial con el tribunal arbitral.

En relación con la validez formal del acuerdo de arbitraje, bien sabemos que la forma escrita es comúnmente exigida por la gran mayoría de las legislaciones.

Cabe observar, asimismo, que aún en los casos en que tal requisito no es exigido, en la práctica casi todos los pactos se celebran por escrito o dicho de otro modo, los acuerdos verbales no tienen gran valor debido a que las normas relativas a la prueba son muy estrictas.

No obstante, debemos advertir que formalismo no es antónimo de electrónico. Por ende, la exigencia formal de escritura puede ser sustituida por una formalidad electrónica, pues aunque prediquemos la libertad de prueba, ello no significa ausencia de prueba.

En efecto, existen diversas soluciones posibles para adaptar la exigencia de forma escrita en el ciberespacio.

Desde una primera mirada, es posible adoptar una visión extensiva de la noción de escrito, es decir, se la asimila a la de documentos informatizados. Una segunda perspectiva se funda en consideraciones de índole histórica. En este sentido, se sostiene que las convenciones internacionales y las legislaciones estatales imponen la forma escrita porque cuando fueron elaboradas ese era el modo de comunicación habitual y no existían otros modos alternativos. De hecho, a partir de los años ochenta, las convenciones e instrumentos internacionales en general y en especial en materia de arbitraje han flexibilizado esta exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Modelo UNCITRAL ya en su primera versión de 1985. Finalmente, podemos mencionar una visión funcionalista, que nos lleva a interrogarnos si tal requisito formal es exigido "ad solemnitatem" o "ad probationem", es decir, si hace a la validez del convenio arbitral, o si simplemente es solicitado a efectos probatorios.

Sin embargo, a la luz de las normas vigentes en nuestro país, que nos ocupamos de analizar en oportunidades anteriores[4], el requisito de la exteriorización por escrito de la cláusula de prórroga de jurisdicción plantea un problema serio en materia de contratación electrónica. No obstante, este obstáculo puede ser fácilmente superado, a través de normas claras que adoptan el criterio de la equivalencia funcional, tal como lo hace por ejemplo la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su texto revisado de 2006.

Así es que el artículo 7.4 (opción I) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su versión revisada aprobada el 7 de julio de 2006 (834ª sesión), expresa: “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por ´comunicación electrónica´ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ´mensaje de datos´ se entenderá la información generada, enviada, recibida o

[4] Puede ampliarse en: - FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana, “Obstáculos legales y convencionales al arbitraje electrónico en la República Argentina”, en Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), ISSN N° 1514-9358, Volumen XII, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2008.

archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Por su lado, la opción II del mismo artículo dispone genéricamente que: "El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no."

Tal como podemos observar, la Comisión aprobó dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo. La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente ("compromis") o futura ("clause compromissoire"). El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. En cambio, en la segunda opción del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite directamente todo requisito de forma.

La finalidad de cualquiera de las dos opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

En consecuencia, entendemos que la regla debe ser siempre la seguridad jurídica y la igualdad de las partes. En la medida en que la cláusula no sea abusiva, tendrá la misma validez que tienen las demás disposiciones de los contratos celebrados por esta vía.

IV. PONENCIA

1. El arbitraje comercial es un mecanismo idóneo para la resolución de las controversias que pudieran surgir en ocasión de un contrato internacional de seguro.

2. Corresponde que la República Argentina apruebe una legislación moderna sobre Arbitraje Comercial Internacional, que en línea con la Ley Modelo UNCITRAL defina su ámbito de aplicación material comprendiendo las cuestiones comerciales, contractuales y no contractuales, incluyendo así a los contratos de seguro internacionales.

3. Corresponde, asimismo, que nuestro país se plantee seriamente la reforma del sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna, introduciendo disposiciones en materia de contratación celebrada a través de medios electrónicos y sobre acuerdo electrónico de selección de foro arbitral, a fin de no provocar nuestro un paulatino e inexorable aislamiento.

COMERCIO ELECTRÓNICO Y TURISMO: RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES ON-

LINE EN EL MERCOSUR

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica S. Rodríguez,

Flavia A. Medina, Rodrigo Laje y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos han modificado la forma de celebrar todo tipo de contratos. En efecto, en los últimos años ha irrumpido un nuevo modo de comunicación, que ha transformado la realidad social. Los medios electrónicos y en particular Internet han revolucionado al Derecho, creando nuevos problemas jurídicos de compleja solución. Así, la sociedad de la información, el comercio electrónico y la contratación celebrada por medios electrónicos son temas que ocupan un lugar destacado en el Derecho que se está gestando.

El contrato de turismo no es la excepción. Por el contrario, Internet es una herramienta útil para difundir el atractivo de diferentes lugares del mundo, al acercar a millones de potenciales turistas fotos e información sobre los mismos.

Así, la oferta y promoción de servicios turísticos en Internet se han multiplicado exponencialmente en los últimos años, llegando a la creación de agencias *on-line* que operan exclusivamente (o casi exclusivamente) a través de la web.

Cuando las relaciones jurídicas vinculadas con el turismo se realizan a través de medios electrónicos y en las que tienen suficiente virtualidad como para superar las fronteras de los derechos estaduales, habrá que discernir qué régimen legal le es aplicable a la transacción transfronteriza celebrada, y cuál es el tribunal competente para dirimir las eventuales disputas que aparezcan. En este caso, no habrá alternativa que recurrir como especialidad jurídica gestora de la diversidad cultural y de las relaciones plurilocalizadas, pluriconectadas, al Derecho Internacional Privado como área jurídica encargada entre otros, de la regulación de los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos.

En este trabajo analizaremos la responsabilidad de estas agencias como también de todas aquellas que utilizan la web para promocionar sus servicios y llegar a potenciales clientes, estudiando la normativa existente a fin de evaluar si resulta suficiente para dar seguridad jurídica a todos los participantes del negocio (operadores, agencias y consumidores-turistas).

II. EL E - TURISTA COMO CIBERCONSUMIDOR DEL ESPACIO VIRTUAL

El ciberespacio no responde a las clásicas fronteras estaduales, y por lo tanto escapa a los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos enfrenta a plantearnos si es posible regular este nuevo espacio, y en su caso, cuáles son las alternativas posibles.

En este sentido, cabe señalar que la protección de los consumidores, y en consecuencia de los turistas, ha dejado de ser un objetivo exclusivamente nacional. Hoy la realidad es otra, tal como describe la Profesora Lima Marques: "Con la apertura de los mercados a productos y servicios extranjeros, con la creciente integración económica, la regionalización del comercio, las facilidades del transporte, el turismo masivo, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en red de computadoras, del comercio electrónico, es imposible negar que el consumo ya sobrepasa las fronteras nacionales. Los bienes extranjeros están en los supermercados, los servicios son ofrecidos por proveedores con sede en el exterior, a través del telemarketing, de la televisión, la radio, la internet, la publicidad de masas cotidiana para la mayoría de los ciudadanos de nuestras metrópolis regionales. Ya no es necesario viajar, ser un consumidor activo, un consumidor turista, ni trasladarse para ser consumidor, contratando en forma internacional o relacionándose con proveedores de otros países". En definitiva, "consumir en forma internacional es típico de nuestra época".[1]

Efectivamente, la autora destaca que no hay nada más posmoderno que las relaciones virtuales, desmaterializadas, que involucran a una pluralidad de agentes, típicas de la sociedad de la información, fluidas, rápidas, visuales, interactivas, simultáneas, despersonalizadas, y, a su vez, globalizadas y culturalmente niveladas, atemporales, internacionales, desterritorializadas, típicas de la economía pos - fordista, de servicio, de hacer, de lo inmaterial, lo desregulado, lo tercerizado, lo individual.[2]

Así, la protección del consumidor se inserta en este contexto como válvula de escape de los conflictos posmodernos, pues representa jurídicamente la garantía de una norma mínima de seguridad y adecuación de los servicios y productos, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy.[3]

La necesidad de normas claras que regulen las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual es aún más notoria cuando participan "ciberconsumidores", y en especial, de los "ciberturistas" o "e – turistas".

La web es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global. En efecto, los consumidores, y dentro de este grupo, los turistas, que celebran contratos en la red, que se mueven en el ciberespacio, traspasando, casi imperceptiblemente, las fronteras estatales, moviéndose en un nuevo espacio,

---

[1] LIMA MARQUES, Claudia, "La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo", extractos del Curso: "La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general", Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en:
http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

[2] Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico).* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004

[3] JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne" , en *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II.

que desconocen y que los coloca en situación de inferioridad, de vulnerabilidad y hasta de riesgo, necesitan un marco jurídico que les brinde estándares mínimos e inderogables de protección, basados en el principio de buena fe, en la seguridad jurídica, en la confianza. Tal como señala Pedro De Miguel Asensio: "La adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores equivalente al que opera en las transacciones tradicionales... es indispensable para generar la confianza de los consumidores en el nuevo medio".[4]

III. EL DESAFÍO DEL E-TURISMO Y SU IMPORTANCIA PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO

La UNCTAD (Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) ha venido promocionando los beneficios del turismo electrónico, en especial para los países en desarrollo como la República Argentina. Esta comisión de Naciones Unidas considera que *"Los proveedores de servicios turísticos de los países en desarrollo pueden lograr la autonomía y ahorrar costos si promueven y venden los productos directamente al consumidor, siempre que puedan disponer de sitios eficaces en la Web. Internet permite a los proveedores de servicios turísticos gestionar sus activos, adoptar decisiones sobre la gestión del rendimiento y reducir las comisiones que se pagan a los intermediarios"*[5].

Con el objetivo de fomentar la expansión de turismo electrónico en los países en desarrollo, la UNCTAD ha puesto en marcha la "Iniciativa sobre el Turismo electrónico". Dicha Iniciativa es definida por Naciones Unidas como *"un programa encaminado a promover la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en el turismo"*[6]. El programa pretende especialmente lograr que los sectores turísticos nacionales empleen las nuevas tecnologías buscando que por medio de la cooperación técnica internacional se incremente su utilización por los países en desarrollo. Así, podrán explotar mejor sus recursos turísticos naturales. A tal efecto, esta comisión de ONU está trabajando en la creación y desarrollo de un software libre y de código abierto y que servirá como sistema de gestión de destinos para que los lugares de destino *"puedan disfrutar de una mayor autonomía al definir y promover su propia singularidad turística*[7]".

Frente a este panorama internacional y concientes de nuestro propio capital turístico, cabe preguntarse si la Argentina está normativamente preparada para la promoción de servicios turísticos a través de la web garantizando seguridad jurídica a todos los sujetos intervinientes.

IV. LA REGULACIÓN LOCAL

[4] DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 325.
[5] UNCTAD, Turismo electrónico, http://www.unctad.org/ Templates/ Page.asp?intItemID= 4272&lang=3
[6] UNCTAD, Turismo electrónico.
[7] UNCTAD, Turismo electrónico.

A la hora de analizar la normativa vigente de fuente interna, debemos distinguir dos tipos de operatoria: Las agencias *on-line* y la publicidad de servicios turísticos por medio de Internet (sin que el contrato se haya celebrado por este medio).

a) **Agencias *On-Line*:** Sobre el particular también existen diferentes posibilidades:
    1. Agencias que operan casi exclusivamente *on-line* (ejemplo Despegar.com y otras). Ellas realizan no sólo la publicidad en la web sino que la contratación de los servicios también se efectúa mayoritaria *on line* (la otra forma de contratar es telefónica, declinando al mínimo la operatoria tradicional –cara a cara-).
    2. Agencias que publicitan servicios *on line*. Esta segunda categoría se incrementa diariamente. Para estas empresas, Internet es un medio invaluable de propaganda. Permite acceder a miles de potenciales clientes, locales y extranjeros, a un costo no demasiado alto. La operatoria en estos casos muchas veces se concreta desde la web, pero también se mantiene la contratación tradicional. Internet es un canal más de ventas, pero no único o excluyente.

b) **Agencias que utilizan Internet solamente para divulgar sus servicios** pero que mantienen sistemas tradicionales de contratación. Debemos aclarar que estas empresas son minoría, ya que la generalidad es la combinación de la publicidad con la contratación *on line* de algunos y/o todos los servicios publicitados.

A cada uno de estos tipos de contratos se les aplica una diferente legislación, según los casos.

En primer lugar, cabe señalar la resolución Nro. 257/00 de la Secretaria de Turismo de la Nación que regula tanto la comercialización como la promoción de servicios turísticos vía Internet. Como vemos, esta resolución se aplica a todas las diferentes modalidades antes descriptas.

Dentro de la motivación de la norma, detectamos la preocupación de la Secretaría por la protección del consumidor-turista que puede fácilmente ser engañado por estos canales de contratación cuyos controles son mucho más difíciles de efectuar. En este sentido, la resolución expresa entre sus fundamentos que *"resulta necesario prevenir que el uso de las facilidades tecnológicas pueda aprovecharse para la generación de operaciones a través de agentes marginados del debido control y carentes de la idoneidad que exige la actividad en salvaguarda de los intereses del público usuario".* Asimismo, *"el sano desenvolvimiento de la actividad turística requiere precisar que la utilización de los medios informáticos es insuficiente por sí para desplazar la profesionalidad desarrollada con criterio de protección del público usuario acentuado en las normas constitucionales y las leyes dictadas en concordancia".*

Con estos objetivos, se incluye dentro de la ley de Agencias de Viajes a *la comercialización, promoción, oferta y/o venta de servicios turísticos que se produzca en el país por medios informáticos ya sea que tal actividad se desarrolle con carácter permanente, transitorio o accidental, con o sin fines de lucro y en beneficio o por cuenta propia o de terceros (art. 1).* Como vemos, se incluye ampliamente cualquier modalidad de contratación o publicidad por medio de la web, reflejando la intención de garantizar el principio protectorio del consumidor-turista.

A renglón seguido, el art. 2 establece que "*todo anuncio, promoción u oferta de los servicios"* por este medio *"debe individualizar con nombre y número del legajo de la respectiva habilitación el carácter del operador responsable".* De esta forma, se busca asegurar al consumidor un conocimiento más acabado de su co-contratante al imponer la obligación de denunciar los datos del legajo de habilitación de la agencia, para evitar abusos.

Por otro lado, a nivel más general podemos señalar que resulta de aplicación la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240, modificada este año por ley 26.361). Esta regulación se aplicara a contratos celebrados por consumidores en la Argentina. En aquellos casos en que el contrato se celebre por medios electrónicos, deberá atenderse al domicilio del prestador, existiendo la misma protección legal para aquellos consumidores argentinos o extranjeros.

Esta uniformidad en materia turística resulta muy interesante, ya que la Argentina se ha convertido en un país receptivo de turistas extranjeros. Tal modalidad exige reglas claras para los visitantes foráneos, de lo contrario, la publicidad negativa acarrearía consecuencias para todo ofrecimiento de servicios turísticos en el país.

Así, la ley de Defensa del Consumidor, en consonancia con la Ley de Defensa de la Competencia, genera un marco de protección para los consumidores (en el caso que nos ocupa, los turistas) pero al mismo tiempo brinda reglas claras que favorecen a todos los operadores y agencias turísticas argentinas quienes, pese a la pesada carga de responsabilidad que impone la norma, se ven favorecidas con la protección de su actividad toda.

En cuanto a la publicidad con fines turísticos, debemos mencionar la ley 26.104 (vigente desde junio de 2006), que dispone que *"quienes publiciten con fines turísticos, utilizando imágenes que exhiban atractivos turísticos, por cualquier medio, deberán hacer constar la denominación del atractivo y de la localidad reproducida, seguida de la provincia a la que pertenece. Estos requisitos deberán hacerse extensivos a toda información de cuya omisión resulte que el mensaje publicitario de que se trate, pueda inducir a error, engaño o confusión acerca del origen del sitio turístico ofrecido"* (art. 1). Se entiende por *"atractivos turísticos" a todos aquellos elementos susceptibles de provocar desplazamientos voluntarios, que forman parte del marco geográfico y cultural de un lugar y que por su origen se dividen en naturales y culturales* (art.2). Esta ley habla de su aplicación en medios gráficos (art. 3), televisivos y cinematográficos (art. 4) previendo para cada caso, diferente tipografía a fin de evitar inducir a error al consumidor-turista. Entendemos que su mención de medios gráficos, abarca la publicidad por medios gráficos electrónicos (Internet) debiendo respetar tanto agencias como operadores sus disposiciones en sus publicidades en la web.

Como podemos ver, la Argentina tiene una vasta normativa a nivel interno que intenta evitar abusos y asegurar reglas claras para todos los sujetos involucrados en el contrato de turismo, resultando de aplicación complementaria a las reglas especificas de la actividad la Ley de Defensa del Consumidor, en un campo donde adquieren una relevancia particular la posibilidad de

ejercicio de la autonomía de la voluntad, frente a las cláusulas predispuestas de elección de ley aplicable y determinación de jurisdicción competente.

V. ALGUNA JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, con fecha 22 de junio del 2005 en los autos **"VOLPI, MARÍA CELIA c/ UBS AG (ex Unión de Bancos Suizos) s/ ordinario",** declaró la invalidez de un acuerdo de selección de foro juzgando que la cláusula incluida en los contratos de apertura de la cuenta exhibía un evidente desequilibrio entre los contratantes al operar de un modo desigual, posibilitando que el banco pudiera iniciar acciones judiciales contra el cliente ante los tribunales del domicilio de éste. Sin embargo, el cliente no podría accionar contra el banco sino en los tribunales del domicilio del Banco, en este caso en Zurich (Suiza). El fallo consideró que se trataba de estipulaciones unilateralmente predispuestas por el banco accionado, fundándose en el art. 37 de la ley 24.240 de protección al consumidor.

La misma Sala B, el 10 de marzo del 2008, en autos "Lorenzini de Martín, Luciana y otro c/Viajes Ati SA s/Sumario", con motivo de una contratación de prestación de servicios entre un cliente y una agencia de viajes, por un precio único y total que incluía el transporte aéreo mediante vuelo charter, hotelería y demás servicios (Cláusula D de las condiciones generales correspondiente a la Solicitud de Servicios Turísticos) a ser provistos en las islas Saint Maarten y Punta Cana por el término de quince (15) días, pero que según plantea la parte actora las prestaciones no fueron brindadas con la seguridad y el confort que deben caracterizar a las contrataciones turísticas. En consecuencia, se solicita la reparación de los daños ocasionados por la presencia de un fenómeno climático en la zona, el Huracán Lenny.

La sentencia de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a la demandada al pago de la suma correspondiente al porcentual representativo del 'paquete' turístico desde la producción del siniestro hasta el traslado a Punta Cana; así como una suma por daño psicológico a la fecha de inicio del pleito y otra, en concepto de gastos desde sus respectivas erogaciones, pero fue apelada por ambas partes.

En la segunda instancia, la Cámara hace lugar a la demanda en todas sus partes. Al así hacerlo, el tribunal comienza por dilucidar la naturaleza del contrato de viaje organizado celebrado entre la agencia de viaje y el cliente, y con numerosas citas doctrinarias se explaya sobre aquellos que lo asimilan a la compraventa, al contrato de mandato con representación, al contrato innominado o al contrato de locación de obra. En este aspecto, se señala que independiente de las diversas teorías esbozadas respecto de la naturaleza jurídica del contrato, existe uniformidad en punto a la obligación de responder que pesa sobre el o los organizadores por la adecuada ejecución de las obligaciones asumidas contractualmente, sea que deban éstos cumplirlas directamente o recaigan sobre otros prestatarios vinculados al negocio.

El contrato de viaje está regulado por la Convención Internacional de Contrato de Viaje de Bruselas (año 1970), aprobada por nuestro país por ley 19.918, estableciéndose que la solución debía alcanzarse a través de su aplicación, partiendo de la base que: a) el art. 3 dispone: "En la ejecución de las obligaciones que resultan de los contratos … el organizador de viajes y el intermediario de viajes garantizarán los derechos e intereses del viajero según los principios generales del derecho y las buenas costumbres en este dominio…"; b) el art. 13, inc. 1° establece que: "El organizador de viajes será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial, de sus obligaciones de organización tales como resultan del contrato … salvo que se pruebe que él ha obrado como un diligente organizador de viajes"; c) el art. 15:1 estipula que: "El organizador de viajes que hace efectuar por terceros prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial de esas prestaciones … Idéntico criterio se seguirá ante cualquier perjuicio causado al viajero en ocasión de la ejecución de estas prestaciones, salvo si el organizador de viajes prueba que él se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que realiza el servicio"; d) Finalmente, su art. 22.1 expresa que: "El intermediario de viajes será responsable por toda falta que cometa en la ejecución de sus obligaciones, debiendo apreciarse dicha culpa en relación con los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes".

Por ello, la sentencia termina estableciendo que la responsabilidad resulta de la contravención al *parámetro de diligencia que informan las referidas normas y en el deber general de atenerse a los buenos usos en la materia, tratándose entonces de una aplicación más del principio de la buena fe, relevante en todo tipo de relación contractual y especialmente significativo en aquellas en donde la profesionalidad de una de las partes en la prestación de un servicio genera en la otra una legítima confianza basada en la experiencia y aptitud técnica.* En efecto, la demandada es un comerciante profesional, condición que la responsabiliza de manera especial (CNCom., esta Sala, in re "Minniti, Oscar Vicente c. Thriocar SA", del 05-10-99).

Y finalmente, en relación con la protección responsable del consumidor (art. 42 C.N. y Ley 24.240); se sostuvo que no debe otorgarse un tratamiento similar a los sujetos que son diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos. *Toda vez que en determinadas circunstancias la comercialización impide al consumidor cerciorarse a fondo sobre diversos aspectos de las operaciones que realiza, lo que no comprueba por sí mismo debe asumirlo como un acto de confianza razón por la cual el usuario recurre a los servicios profesionales en los que deposita su seguridad para celebrar sus transacciones. Y es por ello que la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas y su quiebre implica contravención de los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico. Es que el consumidor no se encuentra obligado a indagar mas allá de lo que exige la buena fe y la diligencia razonable en torno a la apariencia creada por la empresa de turismo a través de la cual contrató (CNCom., esta Sala, in re "Bosso*

Claudia S. y otro c. Viajes ATI S.A. Empresa de Viajes y Turismo s/ sumario", del 30-06-03). Por todo ello, se estableció que la demandada "*estaba obligada de acuerdo a la 'Convención Internacional sobre Contratos de Viajes' a velar por los derechos e intereses de los viajeros, en la ejecución de las obligaciones resultantes de los contratos que se celebraren, en un todo de acuerdo con los principios generales del derecho y las buenas prácticas en el ámbito de que se trate se reitera que se la encuentra responsable de los daños ocasionados a los accionantes, ya que debió verificar las condiciones de seguridad del hotel y las medidas adoptadas en siniestros del tipo del padecido."*

VI. NORMATIVA DEL MERCOSUR

Más allá de lo expuesto: ¿qué sucede a nivel convencional? ¿Existen normas en el MERCOSUR que protejan a los turistas y permitan a las agencias y operadores tener claro cual es su responsabilidad ante viajeros mercosureños?

El sitio *on line* oficial del Mercosur[8] ofrece una ventana en la cual se brinda información sobre Turismo en la región, con un link que conecta a los visitantes con las diferentes Secretarias de Turismo de los Estados Partes (Venezuela incluida), aunque por esta vía se accede a publicidad del país como atractivo turístico siendo dificultoso para el internauta común acceder a la normativa aplicable.

Por otro lado, cabe destacar que no contamos con normativa *regional* al respecto, que específicamente se ocupe de la protección de los turistas en el ámbito subregional. Sin embargo, en materia de derechos y garantías para los consumidores, que comprenderían a los turistas, salvo expresa disposición en contrario, encontramos las resoluciones GMC N° 126/94, 123/96, 124/96, 125/96, 126/96, 127/96, 48/98 y 21/2004.

En 1994 el Grupo Mercado Común emitió la Resolución 126/94 estableciendo que hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado Parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio, con la salvedad que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados partes exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países.

Por su parte, la Resolución 123/96 contiene la calificación de conceptos fundamentales como consumidor, proveedor y relación de consumo. La Resolución 124/96 establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores. La Resolución 125/96 fija las pautas concretas tendientes a lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores. La Resolución 126/96 establece los distintos parámetros a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo a los efectos de no ser considerada abusiva o engañosa.

[8] www.mercosur.int

Asimismo, en diciembre de 2000 los presidentes de los Estados partes del bloque, reunidos en Florianópolis, emitieron una Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, comprometiéndose a una armonización progresiva de sus legislaciones en este aspecto.

En fecha más reciente, el GMC aprobó la Resolución 21/2004 que a fin de favorecer la confianza en las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet, prescribe que debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas. Dicha resolución se aplicará a todo proveedor radicado o establecido en alguno de los Estados Partes del Mercosur (artículo 1°).[9]

Por su parte, el Protocolo de Santa Maria de Fortaleza, que protege a los consumidores mercosureños, no ha entrado aún en vigencia, por no haber sido hasta la fecha ratificado por los países miembros. En efecto, en diciembre de 1996, el Consejo Mercado Común suscribió el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC Nº 10/96 del 22 de diciembre de 1996), fruto del trabajo de la Reunión de Ministros de Justicia. Este Protocolo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del MERCOSUR, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte.

El artículo 4 establece la regla general del Protocolo, según la cual tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor. Por su parte, el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste. Como soluciones alternativas, el artículo siguiente dispone que también tendrá jurisdicción internacional *excepcionalmente y por voluntad exclusiva del consumidor*, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: a) de celebración del contrato; b) de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; c) del domicilio del demandado.

Al respecto, nos recuerda Perugini que “a medida que se avanzaba en el estudio y elaboración del Protocolo de Buenos Aires se advertía la necesidad de dedicarle un instrumento independiente al de consumo. Varias fueron las razones por las que se decidió desagregarlo del Protocolo de Buenos Aires. La diferencia de posiciones frente a la autonomía, el tratamiento diferenciado entre el consumidor y su contraparte, la necesidad de adecuar el proceso para proteger al consumidor, por ejemplo. Por otra parte, tratar cada jurisdicción separadamente permitía concluir antes el

[9] Véase, CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge Oscar, “La información al consumidor en el comercio a través de Internet: la nueva normativa para el Mercosur”, en *ED* 214-724.

Protocolo y otorgar al MERCOSUR en no más de dos años un instrumento útil a sus objetivos de armonización."[10]

No obstante, hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que "La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del "Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común". Es decir que supedita su aplicación a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

Respecto a las normas de fuente interna, podemos señalar que Paraguay en el art. 5 de su ley de Turismo (2828/05) garantiza protección al turista nacional y extranjero por igual, y en lo que respecta al e-turismo, dentro de las infracciones previstas se castiga a aquellas agencias y operadores que ofrezcan información engañosa o den lugar a error en el público respecto de la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica surgido del mismo y sus condiciones, las características de los servicios ofrecidos o los derechos de los usuarios de servicios turísticos (art. 34). En este sentido, las normas mencionadas no difieren demasiado de la reseña efectuada de las leyes argentinas.

Uruguay, por su parte, no enfatiza tanto su normativa en la protección al turista. Sin embargo, la ley 14.335 que regula la actividad turística, crea un seguro de turismo tendiente a cubrir los riesgos que, en sus personas o patrimonio, puedan afectar a los turistas que ingresen al país, durante su permanencia en el mismo. Este seguro, deberá ofrecerse en condiciones tales que permitan al beneficiario constituirlo y hacer efectivos sus derechos sin comprometer o alterar el pleno goce del turismo (arts. 14 y 15). Asimismo, la legislación protege el patrimonio "Uruguay Natural", cargando esta obligación tanto en operadores y agencias como en los propios turistas.

Brasil, legisla la actividad turística en forma amplia y detallada, protegiendo al mismo tiempo al turista y al patrimonio nacional (especialmente en zonas sensibles como el Amazonas). De esta forma, las agencias y operadores turísticos tienen una doble obligación: cumplir con los servicios pactados pero respetando y resguardando las zonas consideradas patrimonio nacional, cultural y natural.

Para finalizar este acercamiento a la protección de turistas y la consecuente responsabilidad de las agencias de viajes en el MERCOSUR, analizaremos el derecho venezolano. Al respecto, cabe destacar que la ley de turismo consagra a la actividad como de "utilidad pública y de interés general" siendo el decreto ley que regula la actividad una norma de "orden publico". En este sentido, la ley garantiza derechos en forma detallada para los turistas, entendiéndose por tales

[10] Cfr. PERUGINI ZANETTI, Alicia, *Derecho Internacional Privado del Consumidor*, XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado. Rosario, 2005.

tanto a los nacionales como a los extranjeros (capítulo IV del titulo VIII) y recarga las responsabilidades de agencias y operadores.

Lo expuesto nos lleva a concluir que en el MERCOSUR no existe uniformidad respecto de la responsabilidad de agencias y operadores turísticos ni tampoco criterios semejantes en materia de protección, derechos y obligaciones de turistas. En consecuencia se formula la siguiente PROPUESTA:

VII. PONENCIA:

1. Corresponde propender a la armonización legislativa en materia de contratación electrónica en el ámbito del MERCOSUR en general, y en especial los contratos celebrados electrónicamente entre prestadores de servicios turísticos y consumidores.
2. Corresponde propiciar que en los instrumentos jurídicos internacionales se brinde protección integral al consumidor, incluido el consumidor de servicios mediante las modalidades de celebración de la contratación electrónica.
3. Corresponde ampliar los foros disponibles a favor del consumidor en el ámbito del MERCOSUR estableciendo reglas que les permitan optar por iniciar las acciones pertinentes: ante el juez del lugar de ejecución del contrato o del juez del domicilio del demandado o ante el juez del lugar de celebración del contrato si coincide con el domicilio del actor, o el juez del domicilio del actor si demuestra que cumplió con su prestación siempre a opción del consumidor. Si las acciones son iniciadas por el proveedor, el juez competente será el del lugar del domicilio del consumidor.
4. Corresponde elaborar normas armonizadas en el ámbito del MERCOSUR sobre responsabilidad contractual y extracontractual que brinden una amplia protección al consumidor y en especial, al turista, tanto en su versión tradicional, como especialmente en su nueva calidad de ciberconsumidor y ciberturista. En este sentido, entendemos que deberá brindar al consumidor la protección más amplia que sea posible, pudiendo servir como guía las normas de la ley argentina 24.240 al respecto.

CAPITULO IV

DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION ELECTRONICA

INTERNET Y DERECHO APLICABLE

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

"...Los progresos de la civilización, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la material sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán los actos exteriores que darán a los actos jurídicos una forma sensible?...Los interrogantes y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacía o al cual cooperaban..."[1].

I. INTRODUCCION

Peculiar, extraño lugar Internet[2]. Un ámbito inquietante, dinámico, fascinante, con marcada vocación para eludir al derecho, en el que los habitantes del llamado espacio virtual, internautas, mercaderes, pedófilos, científicos, usuarios, solitarios, jugadores, entre tantos otros, se exhiben, se mueven fantasmágoricamente en una suerte de cambalache discepoliano.

El espacio cibernético, es una suerte de "microcosmos digital"[3] de comunicación, donde las distancias, las fronteras, las autoridades, las soberanías parecen desvanecerse. Constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Sin embargo, nadie puede ignorar que el cyberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual; lo es en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web.

No puedo soslayar que hablar de la net implica reconocer que en ella funcionan una serie de protocolos de intercambio o de comunicación, entre ellos los protocolos e-mail y Web. Así como cuandos dos personas se comunican, una habla, la otra se calla, bajan o aumentan el volumen de la voz, manejan el mismo lenguaje, también en el ámbito de la informática sucede que

---

[1] Nota al art. 973 del Código Civil Argentino donde el codificador cita a Ortolan.

[2] "Nous avons beau enfler nos conceptions au-delà des espaces imaginables, nous nënfantons que des atomes, au prix de la réalité des choses. C'est une sphère dont le centre est partout, la circonférence nulle part". Pascal, *Les pensées.* Pensée 72 de la Edición de Brunschvicg:"Disproportion de l´homme".

[3] A.E.PEREZ LUÑO. *"Impactos sociales y jurídicos de Internet"*. Universidad de Sevilla. España. 21/05/2001. www.argumentos.us.es/numero 1/bluno.htm.

precisamente, el protocolo de intercambio es el conjunto de normas que se utilizan para realizar, para permitir una comunicación[4].

La información fluye desmaterializada, dado que solamente se encuentra en la memoria de la computadora y se expande a una cantidad ilimitada de personas. El propio diseño de la red se funda en su aptitud para trabajar sobre bases de lógica y consecuentemente, para escapar, para sortear las ubicaciones físicas, geográficas. Quienes así interactúan, imperceptiblemente, superan mediante la realización de transacciones que encierran operaciones bursátiles, bancarias, mercaderías, servicios, productos, los límites territoriales de los derechos estaduales.

Estas características han impulsado a que los expertos hayan pensando en liberar de regulación jurídica a la net, o bien, sujetarla, controlarla, supervisarla como cualquier otro ámbito en el que se desenvuelven las relaciones humanas.

Jurgen Habermas ha buscado identificar y explicar un método para justificar la validez de la ley y de las instituciones legales. El autor que seguimos, propone un camino para individualizar las normas que son presuntivamente legítimas dado que fueron alcanzadas mediante procedimientos moralmente justificados. Arguye que solamente un sistema que garantice básicamente los derechos civiles y que habilite una significativa participación de quienes se verán afectados por una decisión pueden tomar decisiones legítimas[5].

El advenimiento de Internet (International Network of Computer), un fenómeno que trasciende las fronteras estaduales, ha dado lugar a la aparición de un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre los que se destacan entre otros, la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria y el que hoy nos reúne: el comercio electrónico, vale decir la posibilidad de celebrar mediante esa modalidad tecnológica variadas transacciones internacionales. Coincidimos con quienes sostienen que la NET ha abierto una suerte de caja de Pandora en materia de cuestiones jurídicas.

En efecto, el empleo de esa modalidad le permite al usuario que cuenta con una computadora conectada a un prestador de servicios de acceso a Internet, comunicarse en tiempo real con otro usuario en cualquier lugar del planeta.

En esta dirección, han aparecido una serie de iniciativas que se han plasmado en instrumentos internacionales, código deontológicos, códigos de conducta, leyes nacionales, fallos de los

---

[4] El protocolo empleado para controlar el sistema de redes es el denominado TCP/IP, sigla de *Transmission Control Protocol/Internet Protocol.* Tomado de la Conferencia de la Profesora DELIA LIPSZYC. Internet y Derechos de Autor. Segundo Congreso sobre Propiedad Intelectual. Cultura, Ciencia, Tecnología en la Universidad. Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Ciencia y Técnica. P. 143. 1999.

[5] J. HABERMAS, "*Between facts and norms: Contribution to a discourse theory of law and democracy". Harvard Law Review,* 1995, 1163. y del mismo autor "*The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society".* Traducido por Burger y Lawrence. Cambridge: Polity Press. 1989.

tribunales estatales parecen demostrar que Internet, a pesar de su neutralidad, de su ingenuidad, de su fugacidad será finalmente aprehendida por las reglas de derecho[6].

De esta manera, cabrá la posibilidad que válidamente nos preguntemos si el espacio virtual, si INTERNET reúne los requisitos necesarios para ser considerado como un ámbito que garantiza la participación de quienes se ven afectados por las decisiones que se tomen. En otros términos en este ámbito, cabe plantearnos, si se encuentra garantizada la legitimidad de las normas, si han sido alcanzadas por procedimientos democráticos. Simétricamente, *Howard Rheingold* considera que "la comunidad virtual puede ayudar a los ciudadanos a revitalizar la democracia, o pueden ser tentados dentro de un atractivo envoltorio sustitutivo del discurso democrático..."[7].

Estamos en presencia, de una suerte de visión utópica de una era de una nueva Atenas sin esclavos. Para esta corriente de pensamiento, el idealismo en torno de INTERNET no es solamente un viejo discurso para acompañar a las nuevas tecnologías, sino antes bien, una manera de tratar de cambiar los aspectos de desigualdad de la estructura social.

Muchos han pensado seriamente que la NET puede ser un espacio libre de la interferencia, lejos de los controles gubernamentales. En esta concepción, que desde ya no dudamos en calificarla como un conjunto de ismos que van desde el romanticismo, de idealismo, hasta el efectismo, destaca la celebérrima Declaration of the Independence of Cyberspace de *John Perry Barlow* que establece:

> *"We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth...Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here*[8]*.*

Convengamos, que no puede ignorarse que el fenómeno de la net constituye un desafío para la imaginación humana, sobre todo si se atiende a una de sus características principales cual es la de ignorar las fronteras de los derechos estaduales, las soberanías estatales. La propia naturaleza del fenómeno, su intrínseca internacionalidad comprometen al Derecho Internacional Privado, el que se encuentra en óptimas condiciones para acercar respuestas a los interrogantes que este tema plantea. En este trabajo trataremos de reflexionar, aunque ciertamente no de manera exhaustiva, acerca de uno de los aspectos propios de la disciplina como es la delicada como relevante cuestión de la elección del derecho aplicable[9].

---

[6] Entre los instrumentos destacan el Tratado de Derecho de Autor adoptado por la Conferencia Diplomática de Ginebra de diciembre de 1996 (OMPI), o los trabajos realizados por el Comité sobre la Criminalidad dentro del Ciberespacio, dentro del Consejo de Europa, así como dentro de la Unión Europa la Directiva para la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y de los derechos vecinos en la sociedad de la información" de 1997. Entre los Códigos de Conducta cabe mencionar los trabajos de la OCDE, http://www.oecd.org. Así como los fallos recaidos en los célebres casos Yahoo de los tribunales franceses y la ley alemana de 1997 sobre la materia.

[7] H. RHEINGOLD, *"Virtual Communities*", 1993, pp. 273.

[8] J. PERRY BARLOW *"A Declaration of the independence of cyberspace*". www.eff.org./-barlow/Declaration-final.html.htm2. Suiza. 08/02/1996.

[9] En el área de los negocios internacionales en general y por ende, en la del comercio electrónico, en especial, las partes suelen sustraerse por diversos motivaciones, a la jurisdicción de los tribunales estatales.

II. INTERNET Y ELECCION DE DERECHO APLICABLE

Nadie podrá ignorar que el instrumento jurídico contractual, quizás sea el más idóneo, por sus peculiares características para adaptarse a las exigencias del comercio electrónico, a las modalidades propias del vertiginoso mundo de los negocios internacionales. Precisamente, esos negocios internacionales nacen, se desarrollan, se ejecutan, se extinguen dentro del espacio cibernético. Si a ello se le suma el elemento de internacionalidad, estaremos ante una subcategoría para la que si se nos permite acuñaremos un nuevo nombre, que hemos de bautizar bajo la designación de "contrato cibernético internacional". Resulta casi de toda obviedad aclarar, que esta noción no abarca a los contratos cibernéticos domésticos, a los contratos a distancia sin elementos de internacionalidad.

En efecto, si un contrato es concluido vía INTERNET entre personas con domicilio o establecimientos comerciales en distintos estados, en caso que sobrevengan controversias entre ellas, debido a la falta de entrega por el "cybervendedor" o a la falta de pago por el "cybercomprador", o bien por el "cyberproveedor" o por el "cyberconsumidor", la parte que entiende haber cumplido habrá de plantearse ante qué jurisdicción entablará el litigio. Simétricamente, puede interrogarse si se ha formado el consentimiento, si se ha perfeccionado el contrato internacional en el "cyberespacio", y en su caso, en qué lugar y en qué momento.

En ese contexto, se vienen desarrollando algunos proyectos que propician, que ofrecen una suerte de "justicia virtual", una "justicia *on line*", donde la NET es el instrumento, no ya la causa de las controversias, que favorece, que facilita su reglamentación[9]. En este sentido, una experiencia señaladamente relevante ha sido la desarrollada por el famoso Cybertribunal de Montreal, Canadá. Se trata de un proyecto del Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montreal que fuera lanzado el 4 de junio de 1998, conocido bajo las siglas MARC que propone la solución de los diferendos mediante el arbitraje o la mediación. Por su carácter experimental sus servicios son gratuitos. Las cuestiones cuya resolución ofrece abarca temas en materia de comercio electrónico, derecho de la competencia, derecho de autor, marcas de comercio, libertad de expresión. Los árbitros son nombrados por la Secretaría del Cybertribunal, el que está dotado de un reglamento de procedimiento para el arbitraje, que establece que la sentencia será expuesta en el sitio del Cybertribunal a menos que una u la otra parte se oponga. En tal caso, la Secretaría puede proponer a las partes suprimir aquellas menciones de la sentencia que permitan identificarlas. Mas quizás una de las más importantes que denota su adaptación al medio cibernético es que permite el uso de la videoconferencia dentro del cuadro de posibilidades ofrecidas para la solución del diferendo. Otra experiencia ha sido el Cybertribunal Peruano, que es una asociación sin fines de lucro, constituída en Perú en noviembre de 1999. Se trata de un Centro Alternativo para la Solución de Conflictos a través de la mediación, conciliación y el arbitraje, El Centro cuenta con abogados que son árbitros, conciliadores acreditados ante el Ministerio de Justicia del Perú, además de expertos en derecho informático. Asimismo, cabe destacar que desde 1997 la Asociación Española de Arbitraje Tecnológico ARBITEC admite solicitudes de arbitraje a través de INTERNET. Finalmente, ha aparecido un sitio denominado ClikNsettle y CyberSettle que propone un nuevo servicio en el área de la resolución de los litigios. Este proyecto fue lanzado el 23 de junio de 1999 por la National Arbitration and Mediation, una empresa que ofrece servicios de mediación y de arbitraje en el cyberespacio. Se trata de una importante experiencia, ya que al poco de inaugurarse contaba con muchos clientes registrados que pretendían someter sus litigios al centro. Simplemente se llena un formulario electrónico, mediante una tasa reducida.
Puede verse de I. WEINBERG DE ROCA *Jurisdicción Internacional en el Comercio Electrónico, y de S.* FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *"Jurisdicción Internacional en el Comercio Electrónico"p. 143/149 y 207/221, respectivamente.* Anuario Departamentos de Derecho Privado. I. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Ciclo de Mesas Redondas en Homenaje al Doctor Roberto López Cabana. Año 2000. Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. 2001. También pueden consultarse de Herbert Kronke *Electronic Commerce und Europaische Verbrauchervertrags-IPR, Zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, Recht der Internationalen Wirtschaft,* Diciembre de 1996.

Cabe señalar que los contratos efectuados on line, generalmente se refieren sea a la adquisición de software para computación, libros, discos, u otros productos, que se envían, se pagan por las vías tradicionales, así como adquisición de productos digitalizados, como software para computación, que son recibidos por INTERNET, contratos de servicios, contratos de licencia, entre otros posibles.

En la celebración de los contratos on line, se emplea lo que se denomina el "clik wrap agreement". Se trata de una modalidad en el que el acuerdo se expresa mediante la pulsación o cliqueo del mouse o ratón de la computadora; dicho en otros términos, cuando el internauta desea ingresar a un sitio, a un web site se le presenta un texto, un "dialogue box" que contiene una lista de condiciones generales (terms and conditions, usage agreement) donde aparecen la opción de aceptar o no por su parte.

Mas estas cláusulas, para nada ingenuas, encierran la posibilidad que con un simple cliqueo, una sencilla pulsación de una tecla se produzca el consentimiento del acto jurídico en cuestión, en este caso del contrato celebrado on line, del contrato cibernético internacional.

III. CONTRATO INTERNACIONAL

Si bien es cierto que resulta fácil captar cuándo un contrato es nacional, entendiéndolo como aquél en que todos los elementos tienen contacto jurídico con un único ordenamiento jurídico, no sucede lo mismo cuando se trata de definir al contrato internacional. Algunos han entendido encontrarse ante un verdadero dilema[10] .

Sin embargo, antes de ahora lo hemos definido como aquél que en su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un sistema jurídico determinado[11].

IV. ELEMENTOS DE INTERNACIONALIDAD

Entre los elementos de internacionalidad aplicables en esta peculiar esfera, podemos citar, entre otros, el domicilio o el establecimiento comercial de las partes intervinientes; el lugar de donde parte la oferta, el lugar donde la oferta es aceptada, la ley elegida por las partes, el tribunal competente elegido para resolver las disputas, entre tantos otros criterios de conexión posibles.

El concepto mismo de domicilio o residencia se pueden llegar a ver alterados por la noción de domicilio virtual, dado que la ubicación de las partes en distintos territorios, estarían indicando tal lugar, a pesar que tal ubicación escogida para obtener la identificación en INTERNET no tiene que necesariamente coincidir con el lugar donde están las partes domiciliadas. En efecto, desde

[10] DELAUME, George "What is an International Contract ?: An American and Gallic Dilemma". International and Comparative Law Quarterly, Vol. 28, p. 259/279, abril 1979.
[11] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado. Volumen 18, Abeledo Perrot, 1994; "Jurisdicción Internacional en materia contractual", Volumen 4 de "Sistema Jurídico del Mercosur", Abeledo Perrot, 1995 y "Derecho Internacional Privado. Parte Especial", pág. 343, Editorial Universidad. 2000.

nuestro país se puede obtener una dirección electrónica en otro estado, lo cual hará que el domicilio real, sea distinto del domicilio virtual. De tal modo que bajo tales circunstancias, la mentada internacionalidad de la relación jurídica dependerá principalmente del domicilio del oferente y del producto objeto de la transacción. A su turno, quizás sea prudente observar que cuando se trata de bienes intangibles enviados a través de la red, generalmente el software se descarga en un territorio físico diverso al territorio desde el que fue enviado. En este aspecto habrá que reconocer que los criterios de lugar donde el contrato fue celebrado, el lugar de ejecución del contrato no son fácilmente ubicables, así como la cuestión de la ley elegida según la autonomía de la voluntad de las partes, parecen merecer ciertas consideraciones especiales.

V. EL CONSENTIMIENTO VIRTUAL

Casi resulta de toda obviedad señalar que dentro de un esquema tradicional el acuerdo de voluntades se produce cuando una parte ofrece y la otra acepta. Mas en materia de comercio electrónico debido a sus propias características, la desmaterialización de los soportes y la internacionalización inherentes, parecen diluir, distorsionar tales circunstancias.

El espacio virtual, dentro de un contexto sumamente vertiginoso, es un entorno, un espacio poco proclive hacia la sacrosanta libertad contractual, con la discusión, con las conversaciones previas, con la negociación consensuada, con el consentimiento reflexivo, que caracterizan a los contratos internacionales.

El “contrato cibernético internacional” si bien es un contrato particular, específico concerniente a bienes o servicios entre partes distantes, entre un fabricante y un consumidor, entre un proveedor y un usuario, celebrado en el espacio virtual, no es menos cierto que se realiza dentro de un marco básicamente organizado por el proveedor, empleándose exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia, sucesivas, escalonadas, para la conclusión del contrato.

Lo cierto es que los “contratos cibernéticos internacionales” parecen, ante el desigual poder de negociación de los términos de la relación, ubicarse más cerca de lo que la doctrina califica como contratos por adhesión, como contratos con cláusulas predispuestas, contratos estandarizados. Así pues no resulta una cuestión baladí, el discernir si tiene aplicación el sagrado dogma de la autonomía de la voluntad en la esfera internacional, y en su caso con qué alcance.

Si se repara debidamente en los problemas que pueden sobrevenir a tenor de la facilidad con la que el usuario acepta los términos contractuales, resulta oportuno reflexionar, entre otras posibles, sobre si el usuario:

a) Habrá podido meditar acerca de las implicancias de haber elegido una ley determinada para regular el contrato celebrado.

b) Habrá podido saber que al no elegir, será bastante probable que sea la ley del prestador más característico del contrato, la del proveedor del servicio, del producto, a la que estará sujeta la transacción.

c) Habrá contado el consumidor de INTERNET, previa o coetáneamente a la celebración del contrato, con una información lo suficientemente transparente como para que no se vean vulneraradas las leyes imperativas que en ese aspecto rigen en el lugar de su residencia habitual, de su domicilio. En todo caso, habrá de poder invocar su debilidad jurídica, su amateurismo, su ingenuidad negocial.

VI. CONCLUSION DEL CONTRATO CIBERNETICO INTERNACIONAL

En el espacio virtual, los parámetros espacio, tiempo, lugar suelen desvanecerse. Por ello se reproducen básicamente aquellos planteos acerca del momento del perfeccionamiento del contrato, el momento en que se produce el consentimiento del contrato. Nos permitimos observar que más allá de la posibilidad de ejercicio del derecho de retractación en los contratos cibernéticos, quizás su característica más notable sea, que el concurso entre la oferta y la aceptación se hace en tiempo real, es decir, el consumidor y el proveedor se encuentran simultáneamente comunicados.

Así pues, para una línea de pensamiento la conclusión del contrato se produce cuando la voluntad por parte del aceptante ha sido expresada, mientras que para otra cuando la aceptación ha sido puesta en conocimiento de la otra parte. Sí, estamos ante un tema bastante elaborado en el que aparecen las tradicionales teorías ideadas para solucionar el problema en materia de contratos celebrados entre ausentes, contratos a distancia, entre otras denominaciones. Dicho en otras palabras tratar de fijar el momento en que el contrato se perfecciona, lo cual permitirá establecer el lugar de su celebración.

Cabe recordar, que el artículo 11 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico cuando encara la cuestión sobre formación y validez de los contratos, trata de promover el comercio internacional dando mayor certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos. Este precepto trata de la formación del contrato, así como de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación. La razón de esta disposición se encuentra vinculada con la incertidumbre que existe sobre la posibilidad de que un contrato pueda perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. En efecto, la razón fundamental es inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento escrito.

Respecto del lugar y momento de la formación del contrato no dice nada, a fin de no interferir – tal como surge de la guía que acompaña el texto bajo examen- con el derecho interno aplicable a la formación del contrato.

Finalmente en dicho texto se introducen las palabras “de no convenir las partes otra cosa”, que implican claramente el reconocimiento de la autonomía de las partes enunciada en el artículo 4 y

particularmente dejar en claro que la finalidad de la Ley Modelo no es la de imponer el recurso a los medios electrónicos de comunicación a aquellas partes que acostumbren a concertar sus contratos mediante el recurso a la documentación consignada sobre papel. A su turno el artículo 15 relacionado con el tiempo y lugar del envío y la recepción del mensaje, implica el reconocimiento de que, para la aplicación de muchas normas jurídicas, resulta de suma importancia el determinar el tiempo y el lugar del recibo de la información. En este sentido, la Ley Modelo se ha preocupado por dejar constancia que la ubicación de los sistemas de información resulta indiferente, previendo el criterio objetivo del establecimiento de las partes.

VII. LEY APLICABLE AL CONTRATO CIBERNETICO INTERNACIONAL[12]

[12] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Contratos internacionales”. Abeledo Perrot. 1995; “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, Editorial Universidad, 2000. Lexis Nexis argentina. Página web. 2002.

En materia de ley aplicable no existe un marco normativo en el nivel universal destinado a solucionar este delicado tema, sino solamente reglamentaciones de algunos aspectos dentro de ámbitos acotados. Por ello, habrá que saber si el principio de la autonomía de la voluntad, que ha resultado históricamente atractivo en algunos ámbitos, puede ser trasladado, extrapolado al contexto de los contratos cibernéticos internacionales.

Desde nuestra mira, el principio de la autonomía de la voluntad debe ser reformulado para ser de aplicación en el campo de los contratos internacionales celebrados vía INTERNET, porque las personas que participan, más frecuentemente de lo que se piensa, no se encuentran en condiciones de negociar los términos de las transacciones internacionales en las que intervienen. Sobre todo, cuando no ignoramos que el terreno no resulta tan llano, ya que los proveedores de productos, los prestadores de servicios, pertenecen, tienen sus establecimientos, realizan sus actividades, despliegan sus negocios, ofrecen sus mercaderías, tienen su sede en el extranjero, en países desarrollados. Bajo determinadas circunstancias, de aceptarse la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en esta esfera, habrá que reconocerle algunas de las limitaciones clásicas, entre las que se destaca la relacionada con la protección de la parte más débil del contrato, entre otras posibles.

Por ello nos parece altamente recomendable, en una cuestión plena de sutilezas, estimular la imaginación mediante una serie de interrogantes que sabemos requieren de un debate más profundo. Cabe preguntarse si:

a) ¿La ley elegida por las partes tendrá que tener o no vinculación necesariamente con algún elemento del contrato? ¿Tendrá que ser un derecho nacional?

b) ¿Están los derechos nacionales provistos de normas que puedan permitir resolver las controversias? ¿O bastará seleccionar a la, es decir a la que podría denominarse “cyberlexmercatoria” , como un conjunto de principios, de costumbres elaborados por los propios usuarios, proveedores y árbitros que desarrollan su actividad en ese ámbito?

c) ¿Es lo mismo seleccionar la “cyberlexmercatoria” de forma expresa, que no elegir ninguna ley y quien dirima los eventuales conflictos entiendan que resulta aplicable aquélla? ¿Cuál es el marco interpretativo de esta “cyberlexmercatoria”?.

d) ¿Los tribunales estatales recurrirán a la aplicación de la mentada impredescibilidad? ¿No es conveniente recordar que durante el transcurso del año 2000 la Cámara de Comercio Internacional ha comenzado a recopilar los usos y costumbres en las transacciones económicas internacionales, denominando a estas reglas , como las reglas URETS?

d) ¿Si las partes no eligen la ley, cuál es la ley aplicable? ¿La de celebración del contrato? ¿La del lugar de su ejecución? ¿La ley del prestador más característico del contrato? ¿ La ley del Estado del cumplimiento de la prestación más característica del contrato? ¿La ley

de la residencia habitual del prestador más característico?¿Aquella ley más estrechamente vinculada al contrato cibernético internacional? ¿O cuál otra entre todas las posibles?

e) O resultarán aplicables la denominada lex informatica, networkia, lex mercatoria del ciberespacio?. En caso afirmativo, con qué contenido, con qué alcance?.

f) Ahora bien, cuál ley es la que gobernará el contrato en ausencia de elección por las partes? En este sentido, la Convención de Roma establece que será la ley con la que el contrato tenga vínculos más estrechos, introduciendo la noción de la prestación más característica del contrato[13]. Esta presunción puede ser superada si de las propias circunstancias del contrato surge que se encuentra estrechamente vinculado con otro Estado. Por ello, cabe reflexionar seriamente sobre la determinación de la prestación más característica del contrato como ley rectora del contrato, ya que tal como sucede en la mayor parte de los contratos internacionales, no es una empresa sencilla. Se trata de una noción plena de dificultades, que puede dar lugar a controversias doctrinales profundas, dado que su reconocimiento en el ámbito de INTERNET puede conducir inexorablemente a la aplicación de la ley del lugar de la residencia habitual del prestador más característico del contrato, o del lugar de ejecución de la prestación más característica, vale decir del proveedor del producto, del servicio, del bien intangible.

En el MERCOSUR existen normas autónomas que regulan la jurisdicción internacional de los contratos celebrados entre personas privadas, mas no existe aún un instrumento jurídico internacional en materia de ley aplicable. Por ello, habrá que recurrir a las fuentes convencionales heterónomas o las fuentes internas ya existentes, según sea el caso.[14]. Siempre habrá que tener presente que la jurisprudencia argentina se ha inclinado decididamente a la aceptación amplia del criterio de la prestación más característica en los contratos internacionales[15].

VIII. REFLEXIONES FINALES

- El espacio virtual resulta compatible con el espacio real. Quienes allí interactúan son los mismos sujetos que solamente se relacionan en un ámbito distinto, mas no aislado.
- Los criterios de conexión de las normas del Derecho Internacional Privado en materia de contratos internacionales, con ciertos ajustes, resultan viables para determinar el derecho aplicable en el espacio virtual.

[13] FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, Editorial Universidad, 2000.

[14] Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional si el contrato vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay. El Código Civil Argentino, si la cuestión involucra a Brasil.

[15][Ver ob. Cit. Nota 7. Asimismo, puede consultarse: FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. “El Mercosur: Bases para un instrumento de harmonizaciòn legislativa”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurìdicas y Polìticas. Caracas. 2001, Nùmero 122, pág.169/178.

- Hasta tanto se sancionen reglas convencionales sobre el uso de Internet en el nivel universal, resulta conveniente acudir a las normas de derecho internacional privado de fuente interna e internacional existentes.
- En el MERCOSUR existen normas autónomas que regulan la jurisdicción internacional de los contratos celebrados entre personas privadas, mas no existe aún un instrumento jurídico internacional en materia de ley aplicable. Por ello, habrá que recurrir a las fuentes convencionales heterónomas o las fuentes internas ya existentes, según sea el caso.[16].
- Siempre habrá que tener presente que los tribunales estatales se han inclinado decididamente, por lo menos en la República Argentina, a la aceptación amplia del criterio de la prestación más característica en los contratos internacionales[17]. En tanto que los árbitros en ausencia de elección se sienten reconducidos hacia la aplicación de la *lex mercatoria*[18].
- Sería de toda conveniencia, que se introdujeran normas de derecho internacional privado de fuente interna destinadas a solucionar las cuestiones derivadas de la celebración por INTERNET de los contratos internacionales. En el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado enviado al Congreso en el año 2003 no se incorporan normas específicas.
- Mas, si en algo convendrá conmigo el lector, es que éste no es ni será el único ni el último desafío que la realidad le impone para solucionar a la imaginación humana.

---

[16] Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional si el contrato vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay. El Código Civil Argentino, si la cuestión involucra a Brasil.

[17][Ver ob. Cit. Nota 7. Asimismo, puede consultarse: FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. "El Mercosur: Bases para un instrumento de harmonizaciòn legislativa", Revista de la Facultad de Ciencias Jurìdicas y Polìticas. Caracas. 2001, Nùmero 122, pág.169/178.

[18] Puede verse de S.FELDSTEIN DE CARDENAS *"Contratos Internacionales".* Lex Mercatoria. Abeledo Perrot. Lexis Nexis. 1995.

LA LEX INFORMATICA: LA INSOPORTABLE LEVEDAD DEL NO SER

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. INTRODUCCION

En la primera parte de este trabajo abordamos la delicada como relevante cuestión de la lex mercatoria desde una perspectiva jurídica. En la segunda parte exploramos una de sus emanaciones: la lex informatica con vistas a demostrar que "no hay ciberespacio sin espacio real en lo que al derecho internacional privado concierne"[1].

Para introducirnos en nuestro tema, haremos un poco de historia.
Levin Goldschmidt, abogado e historiador alemán de mediados del siglo diecinueve, sostuvo la tesis sobre la existencia de una lex mercatoria universal, producida, interpretada y ejecutada por la clase de los mercaderes. A tal fin analizó la conducta desplegada por los comerciantes, habitantes de una pequeña villa rural.

La villa llamada St. Ives a comienzos del siglo trece, era el escenario de una de las más grandes de las ferias de Inglaterra, a la que concurrían comerciantes de lejanos lugares, inclusive de Italia, a fin de comerciar sus mercaderías textiles. Esa feria, tal como todas, tenía su propia corte, tribunal encargado de dirimir las controversias, y afortunadamente tanto los casos como las decisiones fueron cuidadosamente conservadas en el Museo Británico. Según la opinión de historiadores contemporáneos, la idea sobre una lex mercatoria universal debe ser nuevamente contrastada, testeada con los célebres rollos de St. Ives.

Los rollos revelan que los comerciantes de esa feria tan famosa, tan grandiosa, no crearon su propio sistema jurídico, sus propias reglas; la administración de la feria estaba sujeta en parte al Rey de Inglaterra y en parte a la Abadía de Ramsey en donde la villa de St. Ives estaba situada. Ciertamente, tal como surge de los documentos mencionados, el monarca y el abad eran quienes tenían autoridad en la resolución de las disputas y el cumplimiento de las decisiones.

Esta evidencia echa por tierra, la tesis del autor alemán citado precedentemente acerca de que en esa feria se generó una suerte de ordenamiento de carácter universal, consuetudinario, autónomo llamado law merchant, lex mercatoria.

Ahora bien, tal como la doctrina más autorizada se interroga ¿cuál es el motivo que esta interpretación errónea, equivocada del derecho comercial medieval, tuviera tanto éxito?. La respuesta resulta casi de toda obviedad: por razones de neto interés político, porque precisamente esa doctrina, de la mentada autonomía, era del interés, los abogados se servían de ella para fundar sus demandas.[2] .

Como hago mías las palabras de Trakman quien escribió: “History does provide lessons for the future...”(la historia provee lecciones para el futuro) [3], es que me quiero invitar a los lectores para que juntos reflexionemos acerca de si aquella historia situada en un villa medioeval, no se esté quizás, repitiendo en la actualidad.

II. PRIMERA PARTE. LEX MERCATORIA

Existe la creencia por una parte considerable de juristas acerca de la falta de aptitud del derecho internacional así como del derecho nacional para procesar, para solucionar de manera eficiente, las disputas ocasionadas en el área de las transacciones internacionales. Desde esta mira, por cierto escéptica, ni los derechos estaduales ni el derecho internacional ofrecen un sistema lo suficientemente adecuado, apto como para responder a las expectativas de las partes. De allí, resulta imprescindible para esta corriente de pensamiento, impulsar, revitalizar, redescubrir, reinventar la idea sobre la existencia así como la autosuficiencia de una suerte de tercer orden jurídico denominado “lex mercatoria”[4].

Dicho en otras palabras, este sistema jurídico cuya aparición se remonta a la Edad Media, ostenta suficiente virtualidad como para convertirse en un instrumento no solamente atractivo sino insoslayable para los operadores de los negocios internacionales, cuando por distintas razones, han decidido resolver sus desavenencias mediante el recurso del arbitraje internacional[5].

En efecto, en los contratos internacionales y ello es frecuente cuando se trata de áreas altamente sensibles como es entre otras el de las inversiones extranjeras, las partes suelen acordar que las disputas que pudieran surgir entre ellas, no sean gobernadas por un derecho nacional, por un derecho emanado del Estado. En esta hipótesis, prefieren sujetarlas a las costumbres o usos del comercio internacional; o a los principios generales del comercio internacional o bien, a los principios generales comunes de los Estados civilizados, bien, a las reglas comunes a todos o a la mayor parte de los derechos de los Estados comprometidos o para aquellos Estados que están conectados con la disputa. Se aduce que cuando estas reglas comunes son indeterminables, el árbitro aplica la regla o elige la solución que le parece como la más apropiada y equitativa. Para ello tendrá en cuenta los derechos de los diversos sistemas legales. Este recurso, que es en parte

una aplicación de las reglas legales y en parte una selección y proceso creativo, constituye la aplicación de la mentada lex mercatoria.

En el arbitraje comercial internacional, nunca resulta superfluo el plantearse, si a falta de elección por las partes, el árbitro puede o debe ser reconducido a un conjunto de normas especialmente diseñadas para el comercio internacional, directamente elaboradas, aplicadas por la que se ha dado en calificar eufemísticamente, como la sociedad internacional de los comerciantes, la "societas mercatorum". En este puntual aspecto, no puedo ocultar que en lugar de una sociedad de mercaderes, una comunidad del comercio internacional, unidos por una suerte de especial "affectio societatis", observo a cofradías, clubes de comerciantes provenientes de distintas ramas del comercio internacional, que fragmentariamente intentan acomodar las reglas existentes, ya inventadas para agilizar, mejorar, optimizar, asegurar el éxito de sus negocios internacionales. Ello resulta totalmente lícito.

III. APARICION DE LA NOCION

Por ello parece conveniente recordar, que bajo la denominación genérica de lex mercatoria subyacen varias clases de normas de origen, contenido y proyección distintas, dotadas de presunta operatividad propia. En efecto, resulta probable que bajo el manto de una nomenclatura aparentemente unitaria se esté aludiendo a usos profesionales, codificados o no, a principios generales del Derecho, a principios generales del Derecho internacional, a reglas directa o indirectamente inspiradas en la equidad, como así también a principios comunes a los sistemas de conflicto implicados.

La noción de derecho comercial transnacional fue impulsada por el comparatista francés Berthold Goldman. Precisamente es un artículo publicado en "Le Monde" en el mes de octubre de 1956 relacionado con la nacionalización del Canal de Suez, el que marca la iniciación de este proceso. Según su autor, la sociedad en cuestión, no era ni de nacionalidad egipcia, inglesa o francesa, sino que válidamente podía ser considerada como una persona jurídica de derecho privado. Debido a su particular estructura, su organización y sus actividades, él la calificaba como una "une société internationale, relevant directement de l'ordre juridique international", dicho en otras palabras esencialmente internacional, transnacional[6].

Queda claro que dentro de esta línea de pensamiento, la lex mercatoria es concebida como abarcativa de un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional[7].

Se trata de verdaderas normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y así mismo precisan, diseñan e incluso elaboran para ellos. Es nada más ni nada menos, la emanación de una comunidad solidaria de intereses, la del comercio internacional.

Dentro de esta concepción de transnacionalismo, en los años sesenta, se ubican los artículos de autores de la talla de Fragistas, que aborda la cuestión de la "transnacionalización del procedimiento arbitral" y de Goldstajn, quien marca que "una nueva como autonóma lex mercatoria", ha cruzado la cortina de hierro[8]. La doctrina de estos juristas, fue desarrollada, ampliada, y difundida por sus discípulos entre los que destacan autores tales como Philippe Fouchard en el área del arbitraje comercial internacional y como Philippe Kahn en materia de compraventa internacional de mercaderías[9].

Convengamos, que lo que realmente esta línea interpretativa propugna, es el reconocimiento de un orden jurídico singular, autónomo, aplicable específicamente a los negocios y transacciones internacionales, que se expresa a través de la denominación de lex mercatoria.

IV. DEFENSA DE LA LEX MERCATORIA

Para sus acérrimos como vigorosos mentores, la aplicación de la lex mercatoria brinda una suerte de solución completa, total en materia de arbitraje en contratos internacionales. Porque no mágica. Sus defensores como aves agoreras, como intérpretes de un remozado oráculo, han llegado a advertir al mundo acerca del futuro incierto del derecho internacional privado al permitirse sostener que "...el efecto de la lex mercatoria amenaza la existencia del derecho internacional privado porque una vez que emerjan las normas supranacionales, las reglas y los principios del derecho internacional privado se volverán supérfluos"[10] o bien, cuando pletóricamente llegan al paroxismo al proclamar que "...una de las finalidades de la lex mercatoria es eliminar la búsqueda de la propia ley del contrato o, en general, las normas de conflicto de leyes"[11].

Según sus cultores, no habrá necesidad, entonces de recurrir a ella, como un mero instrumento adicional en la búsqueda del derecho aplicable a los contratos internacionales, sino que habrá que sortear el derecho internacional privado, los derechos nacionales, para llegar automáticamente a la omnicomprensiva, todopoderosa, lex mercatoria. La potencia es de tal magnitud, que invirtiendo la pirámide, se insta a recurrir al derecho nacional seleccionado por las partes, cuando aquella, como derecho sustantivo, no ofrece, no cubre, no es suficiente para la solución de la disputa. Manía de grandeza, quizás.

Por mi parte pienso que es cierto que la teoría de la lex mercatoria se funda en la premisa que estimula, el sortear, el ignorar por quienes dirimen los conflictos en el área de los negocios internacionales, las reglas de derecho internacional privado. Pero no lo es menos que el incentivar tal laboriosa como pesada tarea, no es una empresa para nada sencilla, toda vez que el derecho internacional privado le ha dedicado su existencia a hacerse cargo que una de sus funciones primordiales consiste, en guiar a los intérpretes del derecho en su tarea de identificar el ordenamiento jurídico nacional que gobierna los contratos internacionales mediante el empleo de las normas de derecho internacional privado. Lo que ocurre, y esto es un impedimento, una valla, las reglas de conflicto, y más aún las normas de derecho internacional privado directas, inexorablemente reconducen y seguirán reconduciendo a los derechos nacionales, a los ordenamientos jurídicos estatales. Solamente le queda a la lex mercatoria, según mi entender, no reinventar, sino tan sólo intentar ocupar los intersticios que los propios sistemas de derecho internacional privado le dejan. Y si lo consigue, si logra filtrarse, según mi modo de ver, se convierte en derecho nacional o internacional.

V. OBJECIONES DOCTRINARIAS. JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Quizás no sea baladí recordar que tal como lo afirma la doctrina más calificada, la deslocalización de los contratos transnacionales nunca es completa, resulta imposible que la lex mercatoria sea verdaderamente autónoma[12]. No existe verdaderamente, un derecho transnacional en el sentido de un original y autónomo sistema jurídico que regule las mentadas relaciones jurídicas deslocalizadas, sino que hay ocasionales, parciales ejemplos de presunta transnacionalidad que pretende insertarse, filtrarse dentro del paraguas del derecho internacional y de los ordenamientos jurídicos estatales[13].

La jurisprudencia argentina se ha expedido sobre este delicado como relevante tema, cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B se pronunció en forma coincidente con las accionantes y con el dictamen del fiscal de Cámara con fecha 21 de diciembre de 1990.

En este particular aspecto, el Señor Fiscal de Cámara doctor Raúl A. Calle Guevara luego de destacar la falta de discrepancia de las partes acerca del carácter interno del arbitraje, a renglón seguido, obiter dictum introduce la tan controvertida problemática de la lex mercatoria cuando afirma: “...si bien una calificada corriente doctrinal ha constatado una nueva lex mercatoria emergente de los modernos laudos arbitrales, en particular los laudos dictados por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, es dudoso que esa lex mercatoria pueda ser concebida como un sistema jurídico autónomo o hasta cierto punto autónomo, creado por términos y usos del comercio internacional al margen de los derechos nacionales. Mas cabría

concebir al fenómeno como un conjunto de reglas y principios que dentro de los derechos nacionales, en los intersticios y límites que los sistemas de derecho internacional privado les dejan, han de crear con delimitada libertad un nuevo derecho común del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales...". La elocuencia como contundencia de estas palabras, que como habrá advertido el lector compartimos plenamente, nos exime de mayores comentarios[14].

A mayor abundamiento, conviene resaltar que si nos dedicamos a releer los célebres laudos arbitrales resulta fácil convencerse que la lex mercatoria dista de ser ideológicamente ingenua, ya que bajo su amparo les permite a los árbitros decir que "...si bien en principio el derecho libio era aplicable a la controversia, podían aplicar la lex mercatoria dado que el derecho libio no había sido probado o tiene lagunas, es incompleto...", aseveraciones que los "obliga" a someter el litigio además de al derecho libio, a la "lex mercatoria y a los principios generales del derecho"[15]. Dicho en otras palabras, se está aseverando que el derecho nacional libio, iraní, kuwaití, no contienen, no alcanzan el nivel que permita encontrar la solución más apropiada al litigio sobre las concesiones petroleras entre los Estados y los inversionistas. Conflicto de civilizaciones, quizás.

VII. LA LEX MERCATORIA: SISTEMA AUTONOMO, UNIVERSAL, ANACIONAL

Así como sostuve que ningún principio, uso, costumbre, práctica sean de la pertenencia exclusiva de la lex, también procuré demostrar oportunamente, que la lex mercatoria no constituye un orden jurídico singular, ni autónomo, ni autosuficiente, ni se encuentra desprendido de los ordenamientos jurídicos estaduales. Si bien ella irradia espontaneidad, si bien ella clama por su independencia, ella depende, abreva, hunde sus raíces en los derechos nacionales. Dicho en otras palabras, sostener que sólo ella es capaz de satisfacer los deseos, las necesidades de los operadores de los negocios internacionales, es presumir demasiado, ignorar los propios límites.

¿Puede argüirse que estos principios sean obra de la lex mercatoria?. Autonomía de las partes, buena fe, pacta sunt servanda, necesidad de tratar de especificar los términos de validez del consentimiento de las partes, cuando es requerida la forma escrita, solicitud que las partes actúen razonablemente según las circunstancias del caso, principio según el cual las partes se encuentran obligadas por los usos por ellas antes observados, el efecto del silencio, posibilidad de que los terceros puedan ser afectados por los contratos, finalidad de la interpretación del contrato, interpretación contextual, importancia del cumplimiento oportuno, la interpretación en contra del proponente, mala fe y negociaciones, contratos fraudulentos e inmorales, el efecto de la insolvencia en el arbitraje, enriquecimiento injusto de una de las partes del contrato, fuerza mayor, elección de la ley aplicable entre las vinculadas al contrato, ley aplicable en ausencia de elección, la frustación del contrato, estoppel, volenti non fit iniuria, teoría de la imprevisión, buena fe para

renegociar el contrato en caso del cambio de sus circunstancias, transferencia de la propiedad a una tercera parte, cuándo deben notificarse los defectos de las prestaciones, distribución y limitación de los riesgos, cómo determinar el precio, expectativas de los representantes y terceros, conocimiento del representante atribuible al representado, normas especiales prevalecen sobre normas generales, prueba del contrato, cláusulas penales, daños por rupturas del contrato, tasa de interés, mitigación de los daños, reconocimiento de sociedades constituídas en el extranjero, levantando el velo corporativo, responsabilidad derivada de las negociaciones preliminares, sucesión y responsabilidad societaria, condiciones de validez de la expropiación, compensación por expropiación, entre otros[16]. Para nada.

Desde mi punto de mira, a fuer de ser sincera, me he interrogado por qué razón las partes en las transacciones internacionales, habrán de desear quedar sujetas a la lex mercatoria, cuando de la lista de prácticas, costumbres, usos, principios generales del comercio internacional que la conforman, no hay uno sólo que no pueda ser encontrado en los ordenamientos jurídicos estatales[17]. O lo que es lo mismo pero dicho de otro modo, no podemos alcanzar a comprender cómo puede concebirse que una lista de principios, usos, costumbres generados, tomados, derivados de los ordenamientos jurídicos estatales pueda servir de base para la presunta creación de un conjunto uniforme de reglas de derecho sustantivo que pretende autoerigirse en una suerte de derecho transnacional, supranacional, anacional, autónomo, privativo.

VIII. MACRO LEX MERCATORIA VS. MICRO LEX MERCATORIA

A su turno, la encendida polémica que la lex ha desatado en su entorno, comienza a crepitar cuando se debate la permanencia de su tradicional carácter universal. Para muchos mercatoristas, ella sigue siéndolo. Para otros, no. Ciertamente esta concepción encierra la creencia que habría por un lado, una macro lex mercatoria y por el otro, muchas micro lex mercatoria. Ahora bien, si una de sus ventajas, según aducen sus defensores, es que hay una sola lex mercatoria, precisamente para diferenciarla de las múltiples, numerosas leyes nacionales, cómo pueden explicar ellos que desde distintos ámbitos se generen cada vez más “restatements”, recopilaciones, tales como los Principios UNIDROIT, los EUROPEOS, el Proyecto CORE, el Proyecto de OLÉ LANDÓ, el Proyecto TLDB[18], entre tantos otros[19].

Cabe recordar, que este movimiento comenzó básicamente con la publicación de los Principios UNIDROIT (UPICC)[20] allá por 1996. Desde el propio Preámbulo los Principios anuncian que ellos “podrán ser empleados cuando las partes pactaron que sus contratos sean gobernados por los principios generales del derecho, la lex mercatoria...”.

De esta forma se elaboró un “restatement” de derecho contractual internacional, una realización pragmática basada en una técnica empleada desde mucho tiempo antes en los Estados Unidos por el American Law Institute, pero nunca en la esfera del derecho de las transacciones internacionales. Idéntica modalidad ha sido la utilizada por la Comisión Landó para elaborar los Principios Europes (PECL).

Si bien es cierto que estas recopilaciones han sido bien recibidas por los operadores de los negocios internacionales, lo cual les ha permitido a sus defensores sostener que han servido para disminuir la incertidumbre y la impredecibilidad[21], no lo es menos que estas realizaciones son la demostración evidente de la fragmentación de la lex mercatoria. Esta particular circunstancia, denota la intención del retorno a una suerte de régimen feudal propio del medioevo en el que imperen tantas lex mercatoria como sean necesarias para colmar las expectativas de los operadores del comercio internacional, que tal como los señores feudales de otrora su imaginación les permita construir, sean de donde sean, provengan de donde provengan, del norte, del sur, de occidente, de oriente, de América, de Europa, del Grupo Andino, del NAFTA, del MERCOSUR, de INTERNET.

IX. LA LEX MERCATORIA: EXTENSION. NATURALEZA.

Respecto de la extensión, el contenido de la lex mercatoria, conviene resaltar la distinción que doctrinariamente se ha formulado, entre la lex mercatoria y el derecho comercial transnacional sobre la base de sus caracteres normativos, su condición legal.

En esta línea de pensamiento se entiende que el derecho comercial transnacional consiste en la totalidad de principios y de reglas así como usos, convencionales, contractuales o derivados de alguna de estas fuentes, que son comunes a un número de sistemas jurídicos, mientras que, la lex mercatoria es esa parte del derecho comercial transnacional, que no se encuentra codificado y consiste en costumbres, reglas consuetudinarias, principios generales del derecho comercial, incluyendo el derecho internacional público[22]. Vale decir, que habrá quienes entienden que el contenido genuino de la lex mercatoria queda acotado solamente a los principios generales y los usos no codificados [23].

Cuando se dice que la lex mercatoria constituye un ordenamiento jurídico, y a la sazón autónomo, se estima que es un tercer ordenamiento distinto del nacional e internacional Algunos autores indudablemente influenciados por John Austin[24], piensan que la lex mercatoria no constituye derecho, en tanto y en cuanto derecho positivo.

La lex mercatoria merece en este aspecto una mirada desde la Filosófía del Derecho y el Derecho Internacional Privado dado que ella llama la atención como creación jurídica de las partes, extraña a todo control de un Derecho estatal. Cabe señalar, que la configuración de un sistema legal parcial, sólo aplicable a cierta disputa – aún cuando se conforme con “trozos” de distintas legislaciones, es un hecho de reciente aparición.

Sin embargo, en este aspecto la objeción que merece, se funda en que los derechos estaduales han estructurado una red jurídica que liga a los sujetos de derecho entre sí y con los funcionarios (órganos del Estado) en torno de principios históricos-jurídicos, largamente afirmados, que garantizan el predominio de la responsabilidad y la razonabilidad, permitiendo prever soluciones. Así el Derecho estatal –como los tratados internacionales que concluye ratificando el Estado- contienen reglas rituales, objetivos y valoraciones decididas a través de acuerdos dentro de cada comunidad jurídica. Precisamente, la lex mercatoria carece de ese marco regulador e interpretativo, lo que conlleva problemas en su aplicación. La lex, dicen sus defensores, se formula a través de los principios generales del Derecho- en el caso de las relaciones comerciales internacionales- y, como sabemos, los principios generales son normas jurídicas pero de mayor grado de generalidad. Ninguna otra característica permite distinguir principios de normas particulares, de ahí se sigue que si no están explicitadas las reglas de inferencia -que el Derecho estatal contiene- de la mentada lex mercatoria puede deducirse cualquier solución o conclusión[25].

Nada más oportuno que recordar las célebres palabras escritas por Lord Mustil, cuando sostuvo que: “...the lex mercatoria simply exists. It springs up spontaneously, in the soil of international trade. It is a growth, no a creation”[26]. Comparto totalmente esta línea de pensamiento. Aunque no soy, como fácilmente habrá podido comprobar el lector, la única escéptica. Quienes proclaman la absoluta “deslocalización”, “anacionalización”, de los contratos internacionales piensan que este desprendimiento, pueda ser completo, conveniente, posible, ingenuo. En este sentido, algunos críticos han llegado al extremo de sostener que “la llamada lex mercatoria es mayormente un esfuerzo para legitimar como ley los intereses económicos de las corporaciones occidentales”[27] y que los árbitros son sus principales instrumentos.

Este pensamiento se funda en el papel desempeñado por los árbitros encargados de dirimir ciertas disputas relacionadas con las concesiones petroleras en países como Abu Dhabi, Qatar, Iran y Libia, en las que se enfrentaban empresas multinacionales con estados árabes, partes provenientes de metrópolis y ex colonias respectivamente. El verdadero escándalo es que “curiosamente”, llegaron en cuestiones similares a conclusiones distintas que hizo decir a los analistas, “tres arbitrajes, un mismo problema, tres soluciones”[28]. No es la institución, son las personas humanas que lo provocaron.

Desde mi mira, la lex mercatoria puede ser considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales[29].

Aún más, descreo en la existencia independiente, autónoma, de un conjunto de reglas jurídicas, que flotan en el "firmamento internacional" que se ha dado en llamar lex mercatoria, en sus múltiples como abarcativas denominaciones tales como lex petrolea[30], lex consturctionis[31], lex maritima[32], lex electronica[33], entre tantas otras. Precisamente a la citada en último término dedicaremos la segunda parte de este trabajo.

X. SEGUNDA PARTE. LEX INFORMATICA

Por Derecho informático se entiende al conjunto de disposiciones que regulan la Informática y la Telemática[34]. Según la Gran Encicopedia Ilustrada Círculo, la primera es aquella ciencia que se centra en el tratamiento de información encargada de los fundamentos y la utilización de las instalaciones de procesamiento de datos, auxiliándose de las matemáticas y la electrónica. Y por Telemática se considera a la conjunción de la informática y las telecomunicaciones para la prestación de servicios de apoyo al tratamiento de información a distancia[35].

El origen se le atribuye a Norbert Wiener, padre de la cibernética, en su libro Cibernética y Sociedad publicado en 1949 quien hace referencia teórica acerca de la conexión entre las comunicaciones y el derecho, al asentar los posibles usos y transformaciones que se ocasionarían al aplicar la cibernética al campo del derecho[36]. A su turno se considera que el Derecho Informático se abre en dos subramas: el Derecho de la Informática y la Informática Jurídica. En uno, la informática es el objeto de estudio que afecta directamente el ámbito jurídico. El otro, considera a la informática sólo como un instrumento[37].

Precisamente a la citada en último término dedicaremos la segunda parte de este trabajo, no sin antes reflexionar sobre cuánta razón les asistía a quienes supieron vaticinar que el planeta se convirtiría en una aldea global, en la que con motivo de la electrónica quedarían abolidas las distancias[38].

No cabe ninguna duda, que "nos hallamos en el tiempo del paréntesis entre dos eras: la de la sociedad industrial, que concluye y otra nueva que viene a reemplazarla". Estas palabras que pertenecen a John NAISBITT citadas por Atilio Aníbal ALTERINI[39], son las más apropiadas para introducirnos en nuestro tema.

Bien se ha observado que la vida de la persona humana, inmersa en la era de las redes, ha pasado de depender menos del gobierno municipal, provincial o nacional y más de un recurso como es la net, que le permite interactuar con el mundo, le proporciona información, entrenimiento, comunicación, le permite contratar, comprar y vender, adquirir servicios, educarse, trabajar, entre muchas otras posibilidades[40].

“INTERNET” debido a su vertiginosa expansión, convirtió ciertas expresiones ciertamente novedosas, ciertamente originales, en cotidianas tales como email, datos, sitios, enlaces, portales, protocolos, servidores, dominios, certificaciones, encriptación, www punto com, usuarios, internautas, grupos de discusión, páginas web, buscadores, metabuscadores, que son las que permiten desplegar una serie de actividades dentro de lo que se ha denominado el espacio cibernético, el espacio virtual, el cyberespacio, donde los usuarios pueden tener acceso rápido a comunicaciones, a informaciones sobre cualquier área, juegos, música, deportes, entre tantos otros.

Así pues, las ya famosas páginas web tienen importantes características, tales como contener los conocidos iconos, links, enlaces que al activarse pueden permitir al usuario tener acceso a otras páginas, lo que amplía considerablemente el fluir de información, en un ámbito que puede contener sonidos, animaciones, elementos de multimedia, imágenes. La net le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web mediante una red, conectándose con un proveedor ISP (Internet Service Provider); se está ante un impacto de tal magnitud que ha llegado a producir cambios rotundos en los hábitos de los consumidores, quienes debieron superar sus gustos por elegir, probar, tocar la mercadería, cuestión que en la compra electrónica está vedada; así como la internalización de sistemas de pagos eficientes seguros para el comercio electrónico tales como el SET (Secure Electronic Transaction); el FV (The First Virtual Internet Payment System), o cheques digitales, entre otros.

Paralelamente, lo realmente inquietante, asombroso, es que si bien los usuarios no advierten la superación de las fronteras cuando se introducen en INTERNET; no lo es menos que lo hacen, imperceptible, permanentemente.

Por tal motivo, una de las cuestiones centrales a dilucidar es si el llamado “espacio” cibernético, virtual, debe o no, estar sujeto a algún tipo de regulación jurídica. Aquí se ha desatado una interesante polémica, entre quienes sostienen que la net es un espacio ajurisdiccional, u otros que piensan que es multijurisdiccional.

Por mi parte, me declaro partidaria de la tesis afirmatoria, cuyo postulado es que el espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, debe ser jurídicamente reglado. Ello por cuanto, si

bien es cierto que el “cyberspace”, el “ciberespacio”, el “espacio cibernético”, aparece caracterizado por la ausencia de fronteras, que se presenta como un escenario en el que se desenvuelven relaciones jurídicas de variada índole sin apego a las líneas geográficas, no lo es menos que esas particulares circunstancias no constituyen un obstáculo para que los derechos estaduales se encuentren legitimados para sancionar, aplicar reglas en esa esfera.

XI. LEX INFORMATICA: UNA APROXIMACION A SU FORMULACION

La globalización es el surgimiento de procesos de relaciones sociales no fundados en el sistema del estado nación y se caracteriza por tener un gran poder homogenizador, cuya fuente de energía son principalmente las invenciones tecnológicas[41].

Tal como precedentemente vimos, el fenómeno de la globalización ha traído cambios profundos a nivel socio-económico que han causado modificaciones en la manera de relacionarse en el llamado mundo cibernético. Se ha conformado una suerte de mercado global, en el que se anudan relaciones jurídicas “virtuales”, donde se compran y venden mercaderías, en el que se adquieren servicios, se transfieren fondos de manera vertiginosa. Por ello, debido a la particular naturaleza del objeto, sensiblemente intangible, resbaladizo, huidizo, casi inasible, pero no obstante, indudablemente, intrínsecamente internacional, compromete a la disciplina del derecho internacional privado. Aquí nos detendremos para analizar la formulación del “cyberlaw”[42] como una suerte de derecho común de INTERNET teniendo como modelo la “lex mercatoria”.

El sustratum de esta opinión, la idea subyacente en torno de su presunta existencia, se funda en la creencia de que así como la lex mercatoria no ha desplazado la ley de las ferias comerciales, en tanto y en cuanto los derechos estaduales actúan dentro dentro de su particular esfera de influencia, resulta válido pensar en la coexistencia de la lex informatica[43]. Dicho en otros términos, ella no es ni más ni menos que la expresión misma de que cada tipo de sociedad, debe ser gobernada por sus propias reglas, en este caso, una suerte de sociedad internáutica con aptitud para generar usos, prácticas, costumbres que recibe las denominaciones de lex informatica, la networkia, la lex electronica, entre otras denominaciones.

XII. LOS DISCURSOS SOBRE EL LLAMADO CIBERDERECHO, EL CYBERLAW.

Entre los discursos que han aparecido, cabe mencionar en primer término, aquél que podría denominarse tradicionalista, que considera que el Estado es el ente más apropiado para encargarse de reglar, de regular el ciberespacio[44]. Ello por cuanto, el Estado es el único que ostenta la legitimación democrática, la infraestructura así como las instituciones para hacer cumplir las reglas aún cuando ellas operen en el espacio virtual. Según esta línea de

pensamiento, son los derechos estaduales quienes ofrecen la mejor, más legítima, más democrática opción en este tema.

Un segundo discurso, el de los ciber-separatistas, autonomistas, parte de la idea de que el ciberespacio es un espacio social separado, distinto del mundo real. Consecuentemente, quienes propugnan esta corriente de pensamiento, argumentan que las normas que existen en los derechos nacionales, no son o no deberían aplicarse en el ciberespacio. En una posición extrema, habrá quienes llegan a pensar que ninguna ley, ninguna regla debería regirlo[45].

Precisamente en este aspecto, es cuando se introduce el argumento, según el cual INTERNET, debe ser gobernado por los propios usuarios, quienes son los primeros interesados, los principalmente afectados.

Se recurre en tal sentido, para sostener la autonomía del ciberespacio, la validez de la lex informatica, a la analogía de pensar que tiene el mismo origen que la lex mercatoria. Sus partidarios no dudan en encontrar profundas similitudes entre las necesidades de los comerciantes que claman por la lex mercatoria y los requerimientos por los que claman quienes interactúan en la net[46].

Esta concepción parece ignorar que el entorno cibernético donde se despliega la llamada sociedad internáutica, como consecuencia de la interacción social, no es inmune controversias. Dicho en otras palabras, ya han sobrevenido y seguirán haciéndolo las desavenencias que perturbando el idilio entre los internautas, deberán ser procesadas, ser resueltas, para reestablecer la paz cibernética.

Este discurso acerca de la separación del espacio virtual del mundo jurídico estimula, a mi modo de ver, la ciberanarquía[47].

No me convence la idea sobre la presunta, necesaria, conveniente separabilidad como objeto del entorno cibernético, por cuanto descreo que sea un sitio distinto del mundo real; máxime cuando advierto que quienes precisamente en él interactúan, son las mismas personas humanas que viven en el mundo real.

No ignoro que para explicar este fenómeno de círculos concéntricos, coexistentes, habrá quienes podrán argüir, tratando de contestar esta objeción, que también en el mundo real existen numerosos ejemplos de grupos que se reúnen en sociedades, organizaciones, cámaras, clubs y ello no significa que la pertenencia a esas asociaciones y la sujeción a sus estatutos, reglamentos, cuerpos normativos impliquen la imposibilidad de pertenecer a otras. Dicho de otra

manera, la pertenencia a varias organizaciones coetáneamente no implica que ellas no sean autónomas, que puedan autogobernarse.

Por otro lado, a mayor abundamiento seriamente permítaseme preguntarme si quizás no es un pensamiento tan prematuro como arriesgado, considerar que quienes navegan en la web son personas con suficiente capacidad, aptitud para autoregularse acabadamente.

Dicho en otras palabras, ¿cómo poder defender la autoregulación de los piratas que pululan en la red de redes?.¿o que así lo hagan quienes atentan contra los derechos de autor?. ¿cómo aprobar que sean los mismos que cometen pedofilia quienes creen las normas de su actividad?. ¿sobre qué base se hará el presunto reparto? ¿qué aptitudes tan especiales demuestran quienes operan en el comercio electrónico que les permite llegar a regular el mercado cibernético?. ¿en todo caso, ellos decidirán cuáles son las cibercontroversias que caen bajo la esfera de la lex informatica? ¿serán las vinculadas estrechamente con una actividad cibernética? ¿o también aquellas disputas entre usuarios de la net? ¿qué criterio diferenciador usar en este sentido?. ¿No se puede llegar a pensar que quienes sostienen la separabilidad jurídica, la autonomía del mundo cibernético, se dejan llevar por una suerte de falso lirismo, romanticismo? ¿Será que en el comercio electrónico nadie intentará la aceptación de cláusulas abusivas predispuestas por la parte que en el contrato internacional tiene mayor poder de negociación?.¿No es creer falsamente que todos los internautas que navegan en el ciberespacio, a diferencia de los que viven en el mundo real, son naturalmente buenos, ingenuos, respetuosos de las reglas éticas, morales, jurídicas, deontológicas, con suficiente entidad como para no solamente autoregularnos sino para autosancionarse?.

El ciberespacio no debe ser considerado como un compartimiento estanco, inmune e impenetrable a las reglas de los hombres, separado del mundo real; más allá de las creencias religiosas, lo cierto que a pesar de la ficción creada para captar, para explicar un fenómeno peculiar, respetuosamente creo que el mundo real es el único existente.

No puedo convencerme que las prácticas, las conductas, las costumbres, los usos reiterados, respetados, observados por y entre quienes interactúan en la red, por ese mero hecho ostenten el sello de su juricidad. Al incrédulo le bastará observar la forma en que algunos “usuarios” emplean la net, imbuídos, casi pletóricos de libertad, para difundir ideologías peligrosas, ofrecer productos de venta prohibidos, comprometerse a practicar eutanasia, tráfico de menores, falsas adopciones internacionales, responsabilidad por productos informáticos defectuosos, infracciones del derecho de patentes o marcas, pedofilia, pornografía infantil, entre tantos otros delitos.

XIII. REFLEXIONES FINALES

El carácter ácrata de INTERNET, en el momento de sus inicios, constituyó uno de sus principales atractivos. En este contexto apareció la celebérrima “Declaration of the Independence of Cyberspace” de John Perry Barlow[48]. En la actualidad el Derecho no puede desentenderse, permanecer ajeno a este fenómeno.

Por tal motivo, la discusión sobre la existencia, el alcance, naturaleza, la utilidad práctica de la teoría de la nueva lex mercatoria no tiene fin. No obstante nos atrevimos a reflexionar sobre esta delicada como apasionante cuestión. Sobre todo cuando de lo que se trata es nada más ni nada menos que debatir sobre qué debe considerarse derecho.

Así como no han variado cuando resultan empleados en el comercio electrónico las reglas, los principios generales que regulan los llamados conflictos de jurisdicción, tales como la exigencia de un contacto razonable entre el caso o las partes y el foro, el derecho efectivo de acceso a la justicia, el equilibrio entre las partes, domicilio del demandado, lugar de cumplimiento del contrato, de la prestación más característica o no, el foro del actor (forum actoris) o foro del demandado, contactos mínimos, entre tantos otros; tampoco se hace necesario, sorteando al derecho internacional privado que siempre conduce a los ordenamientos jurídicos estatales, el acudir a la lex informatica en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales.

Ello por cuanto, los principios que le sirven de base tales como: "nullus commodum capere potest de injuria sua propria"; "nemo plus iure transferre potest quam ipse habet"; "non concedit venire contra factum proprium"; "l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui"; "lex specialis derogat legi generali"; “estoppel", "Anscheinsvollmacht"; "pacta sunt servanda"; "qui tacet consentire videtur"; "res inter alios acta alteri non nocet"; "best efforts"; "time is of the essence"; "fraus omnia corrumpit"; "culpa in contrahendo"; "exceptio non adimpleti contractus"; "acts of God; "force majeure", "höhere Gewalt", "penalty clause"; "clause pénale"; "Vertragsstrafeversprechen"; hardship "Wegfall der Geschäftsgrundlage", "clausula rebus sic stantibus", "frustration of purpose"; nominal-value principle; "Nemo sine causa alterius jactura locupletari debet"; "condictio indebiti"; "unjust enrichment"; "nemo turpitudinem suam allegans auditur"; "full compensation standard"; "actori incumbit probatio"; "center of gravity test"; "engster Zusammenhang"; "liens les plus étroits"; "favor negotii"; "lex validitatis"; "rule of validation"; entre otros, pertenecen al acervo de los derechos nacionales, y como habrá descubierto el lector, fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos estatales e internacionales antes que la imaginación del hombre pensara en la red de redes.

Simétricamente, tampoco ignoramos que debido al fenómeno de la globalización se han modificado sustancialmente los hábitos culturales, la forma en que interactúan los operadores de

los negocios internacionales. Mas el empleo de un lenguaje específico, de usos, prácticas, costumbres de un determinado sector, de una suerte de “argot electrónico”, por ese mero hecho no implica la aparición de un nuevo derecho, una nueva lex mercatoria llamada lex informatica.

Estaremos satisfechas si este trabajo contribuye a reflexionar sobre la romántica visión de quienes tomando como modelo a la lex mercatoria pretenden aplicarla al ciberespacio, denominándola como lex informatica[49], “lex cyberalty”[50], entre otras.

Por ello propiciamos decidamente la aprobación de convenciones internacionales, con estandares mínimos, que operen como respuestas a los problemas inherentes a la net. Muchos dudan que dadas las dimensiones que ella implica ello sea posible, y toda vez que una ley uniforme involucraría a todos los países, lo cual sumado a la enorme diferencia cultural y jurídica, es poco probable que se consiga una “armonización de gran alcance”[51]. Sin embargo, mientras ello acontezca, con un inocultable optimismo, por esta única vez proponemos que palabras tales como quimera, utopía, imposible, sean borradas temporariamente del diccionario. Quizás puedan servir de lección las enseñanzas de las ferias medievales de St. Ives.

[1] KRONKE, H. “Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace”, 65. en K. Boele-Woelki. C. Kessedjian. 1996.

[2] SACHS, Stephen Edward “The Law Merchant and the Fair Court of St. Ives, 1270-1324. Tesis, Harvard University. Cambridge. Massachusetts. 21 de marzo 2002.

[3] TRAKMAN, Leon “The Law Merchant; The Evolution of Commercial Law”, Littleton, Colo, Rothman, 17, 1983.

[4] Preferimos esta denominación, aunque no podemos ignorar en la literatura ha recibido el nombre de derecho transnacional, derecho internacional de los contratos, derecho comercial transnacional, entre otros. Puede verse MALYNES, G. Consuetudo Vel Lex Mercatoria or the Ancient Law Merchant . 1622.

[5] FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA LIDIA “CONTRATOS INTERNACIONALES”. TERCERA PARTE. ABELEDO PERROT. 1995.

[6] GOLDMAN, B. La Compagnie de Suez, société internationale, Le Monde, October 4, 1956.

[7] FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA LIDIA “CONTRATOS INTERNACIONALES”. TERCERA PARTE. ABELEDO PERROT. 1995.

[8] FRAGISTAS, G. Rev.crit.dr.int.pr. 1960, 1 y siguientes; GOLDSTAJN, P. J.Bus.L. 1961, 12 y siguientes, tambien GOLDSTAJN, Festschrift Schmitthoff, 1973, p. 171 y siguientes. GOLDMAN, Frontières du droit et lex mercatoria, Archives de philosophie du droit 1964, 177y siguiente.; del mismo autor Trev.Com.fr.dr.int.pr. 1977-1979, 221; La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, Clunet 1979, p. 475 y siguientes y Festschrift P. Lalive, 1993, p. 241. Puede verse SCHMITTHOFF, Clive . The Law of International Trade - Its Growth, Formulation and Operation, en : SCHMITTHOFF (ed.), The Sources of the law of International Trade, 1964, at 3 y siguientes. También dentro de la más reciente bibliografía sobre el tema puede consultarse: GILLETTE, C. “The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages under the CISG” 5 Chi. J.Intl L. 157. 2004.

[9] Ver FOUCHARD, P. L'Arbitrage Commercial International, 1965, p. 423; KAHN, P. La Vente commerciale internationale, 1964, p. 365 y siguientes y del mismo autor Le contrat économique international, 1975, p. 171 y siguientes. También puede consultarse sobre el tema DASSER, Ch. Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria, 1989; DE LY, G. De lex mercatoria, Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht, 1989; OSMAN, M. Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, 1992; STEIN, L. Lex Mercatoria, Realität und Theorie, 1995; BERGER, T. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, 1999; HORN, L.&Pol.Int`l.Bus. 1977, 753.; LANDO, O. 34 ICLQ 1985, 34; BERMANN/KAUFMANN, Harv.Int'l.L.J. 1978, 221 y siguientes ; CARBONNEAU, C. Col.J.Transnat'l.L. 1985, 579 y siguientes, LALIVE, P. En Mémoire de la faculté de droit de Genéve, p. 50.; PAULSSON, Int'l.Bus.Lawy. 1990, 4 y siguientes.

[10] JUENGER, Friedrich K. “American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant, 28. Vand. J. Transnat¨l. L. 487. 1995.

[11] MANN, Frederick A. “England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration”, 33, Int´l & Comp. L.Q. 193.

[12] DELAUME, G. Law and Practice of Transnational Contracts. 100. 1988. Y del mismo autor: “Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the lex mercatoria”, Tul. L. Rev. 575, 1989.

[13] Ver Kuwait v.Aminoil. 21. I.L.M. 976 .1982. Puede verse en apoyo de lo expresado PARK, William, Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria, Lex Mercatoria and Arbitration, 152, HIGHET, Keith “The Enigma of the Lex Mercatoria”, ob.cit. 134,

[14] Puede consultarse de FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara y SCOTTI, Luciana un comentario al fallo bajo el título “Soberanía o crisis de la lex mercatoria”. Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración. La Ley. 2004. Ver: MANIRUZZAMAN, Abul F.M. “The lex mercatoria and international contracts: a Challenge for International commercial Arbitration?. 14. Am.U.Int’l. Rev.657. 1999.

[15] En este sentido puede verse el caso ICC No.4761 publicado en Journal Clunet, 1137. 1986.

[16] Tomado de la lista de setenta y ocho principios ofrecidos por BERGER, T. “The Creeping Codification”, pág. 278/311.

[17] Puede verse un mayor desarrollo en la obra citada en nota anterior.

[18] Se trata de www.tldb.de. Central Transnational Law Database. En esta página se ofrece una lista abierta de principios.

[19] FELDSTEIN DE CARDENAS, S.L. “Los principios unidroit y los principios europeos. Nuevos islotes de la lex mercatoria”. Revista Plenario de la AABA. Bs. As. Argentina.

[20] Sigla en inglés: Unidroit Principles for International Commercial Contracts

[21] BONELL, Michael J. A Restament of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need?. Revue de Droit des Affaires Internationaux 873, 1988; An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 211, Ed. 1997.

[22] GOODE, R. “The adaptation of English Lay to International Commercial Arbitration, 8 Arb. Int¨l 1, 12-13. 1992.

[23] Obra citada nota anterior.

[24] “The Province of Jurisprudence Determined, p. 165. 1995 y del mismo autor “Lectures on Jurisprudence or The Philosophy La XI, ed.1996.

[25] LEONARDI DE HERBON Y FELDSTEIN DE CARDENAS, “Arbitraje Interno e Internacional: Una mirada al futuro”. Abeledo Perrot. Pág.113/4. 1994.

[26] Rt.Hon. LORD JUSTICE MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The first Twenty-five years, In liber Amicorum for the Lord Wilberforce 149, (Clarendon 1987). En contra: VON MEHREN, “To What Extent si International Commercial Arbitration Autonomous”, Le Droit des Relations êconomiques Internationales: Êtudes Offertes a Berthold Goldman, 217, 226-227. Ed. 1982. Dice este autor en apoyo de su tesis: "In time a lex mercatoria of conflictual rules might then emerge in response to the special opportunities and challenges that conflicts questions present for the arbitral process.". Recent Trends in Choice-of-Law Methodology 60 Cornell L. Rev. 927, 928 . 1975.

[27] TOOPE, Steoheb J. “Mixed International Arbitration”. 94. 1990.

[28] STERN, Brigitte, Revue de L’ Arbitrage. 1, 3, 1980. En tres casos de nacionalización Texaco contra Libya., B.P. contra Libya y Lianco contra Libya. I.L.R. 389. 1979; 297.1979; I.L.M.1, 1981.

[29] LOWENFELD, a. Lex Mercatoria: An arbitrator’s View”, en Lex Mercatoria and Arbitration. 71, Thomas E. Carbonneau, ed., ed. 1998.

[30] BISHOP, D. International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea, en 23 Y.B.Commercial Arb. 1131-1210 –Albert Jan van den Berg ec., 1998 y EL-KOSHERI, A. Le Régime Juridique Créé par les Accords de Participation dans le Domaine Pétrolier, 147 Hague Recueil Des Cours 219. 1975.

[31] MOLINEAUX, Charles “Moving Toward a Construction Lex Mercatoria: A lex constructionis”, 14 J. Int´l Arb. Mar. 59-61, 1997 y HUGUES Y GREENWOOD, “The Sstandardization of Contracts for Construction”, Int´l Constr. L. Rev. Annual Issue, 196, 1996.

[32] TETLEY, William, “The General Maritime Law- The Lex Maritima”, 20 Syracuse J. Int´l & Com. 105, 133-34, 1994. Este autor señala que la lex maritima está compuesta por costumbres marítimas, códigos, convenciones y prácticas que desde tiempos remotos y hasta el presente, tuvieron fronteras internacionales y que existen en cualquier jurisdicción...”. Dice textualmente: “[A] modern lex maritima exists in international bill of lading and charterparty forms and in universal terms and practices throughout the shipping world. A voyage charterparty entered into any country in the world has terms with common meanings. Examples include: voyage charterparty forms, such as the Amwelsh Form, the Baltimore Form, the C(Ore) 7 Form, the Gencon Form, the Norgrain Form, the Sugar Charter-Party Form and the Asbatankvoy Form. Other well-known time charterparty forms include the New York Produce Exchange Form (NYPE), the Baltic and International Maritime Conference Uniform Time-Charter (Baltime), and the STB Form of Tanker Time Charter. The Uniform Rules for Sea Waybills 1990 of the Comité Maritime International (CMI) and the Voyage Charterparty Laytime Interpretation Rules 1993 are additional examples of modern

lex maritima documents, reflecting a consensus on basic rules and definitions of legal terms among various participants in the world shipping community. They exist without any national or international legislation". Ob. Cit. 133-34. También pueden ser consultados: CONANT, M. THE Commerce Clause, the Supremacy Clause and the Law Merchant: Swift v. Tyson and the Unity of Commercial Law, 15 J. Mar. L. & Com. 153, 155. 1984.

[33] GAUTRAIS, Vicent "Droit du Commerce Electronique et Normes Applicables: Lëmergence de la Lex Electronica". 5 Review de Droit des Affaires". Int¨l. Bus L.J. 547, 1997, así como GOODE, Roy "Electronic Banking, The legal Implications, 1985, REAMS, Bernard D. "Electronic Contacting Law: EDI and Business Transactions, 1996, bhala, Raj "Self Regulation in Global Electronic Markets Through Reinvigorated Trade Usages", 31. Idaho. L. Rev. 863, 866, 1995, G.U.I.D.E.C. (General Usage for International Digitally Ensured Commerce, ICC Publication. 1997.

[34] PEREZ LUÑO, A. "Ensayos de informática jurídica". 12. México 1996.

[35] FELDSTEIN DE CARDENAS, S. "Contratos Internacionales". Contratos celebrados por ordenador. P. 17. Buenos Aires. 1995.

[36] TELLEZ VALDÉZ. J. "Derecho Informático". McGraw. 21. México. 1996.

[37] Ob.cit. nota 32. 12.

[38] MAC LUHAN, M. "La Galaxie Gutenberg", 43, Paris, 1967.

[39] ALTERINI, Atilio A. "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era postindustrial", La Ley, Sección Doctrina, Tomo 1989, pág. 955 y siguientes.

[40] Según NAISBITT "las redes son individuos hablando unos con otros, compartiendo ideas, información, recursos". Ob. Cit.

[41] SKLAIR, h. "Competing conceptions of Globalization". Journal of the World Systems Reseach. University of Colorado. 1999.

[42] Black's Law Dictionary lo define como: "[t]he field of law dealing with computers and the Internet, including such issues as intellectual-property rights, freedom of _expression, and free access to information." Black's Law Dictionary 392 (7th ed. 1999). Mas lo cierto, es que no existe unanimidad sobre la definición o el uso del término.

[43] REINDENBERG, Joel R. “Governing Networks and Cyberspace Rule-Makin”, Emory L.J.911.928. 1996.

[44] Término creado por William Gibson en su novela Neuromancer (1984). Este autor lo define como una alucinación consensuada que experimentan diariamente billones de operadores de computadoras; una representación gráfica de información que fluye de cada ordenador al sistema humano.

[45] BARLOW, John P. “A Cyberspace Independence Declaration”. http://www.eff.org/Barlow. Quien enfáticamente declara: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather". BOYLE, James, “Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors”, 66, U. Cin. I. Rev. 177. 1997.

[46] JOHNSON 6 POST, “Law and Borders”. 1390, También, PERRIT, Henry Jr. “The Internet as a Threat to Sovereignty?. Thoughts on the Internet¨s role in Strenghening National and Global Governance, 5, Ind. J. Global Leg. Stud. 423, 427. 1998. “Cybernauts most closely resemble medieval merchants who developed substantive rules and practices tu regulate transtional trade. The lex mercatoria- outside traditional polictical institutions”.

[47] El término es empleado por muchos autores, entre los que se destaca: GOLDSMITH, Jack “Against Cyberanarchy”, 65, U.Chi.I.Rev.1200. 1998.

[48] We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth. Tour legal concepts of property, _expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based, and there I no matter here. 1996.

[49] REIDENBERG, Joel, ob.cit.

[50] BURSNTEIN, Matthew, ob. cit.

[51] MALDONADO ELVIRA. Sergio “El ciberespacio como jurisdicción”. 2000.

CAPITULO V

JURISDICCION Y ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACION ELECTRONICA

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

En un sentido amplio, comercio electrónico se refiere a todo intercambio de datos que se realiza por medios electrónicos, esté o no relacionado estrictamente con la actividad comercial. Sin embargo, en un sentido más restringido, debe entenderse por tal, a aquél cuya actividad se circunscribe a las transacciones electrónicas desarrolladas a través de mecanismos que proporcionan tecnologías tales como el correo electrónico, EDI o INTERNET. Por otro lado, se puede distinguir entre lo que se ha dado en llamar el comercio electrónico indirecto utilizado para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución y el comercio electrónico directo, en el que el pedido, el pago, el envío de los bienes intangibles o servicios se producen "on line", tal como sucede con las transacciones de música y de software.

En suma, puede entenderse como comercio electrónico, *el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global que utilizando redes informáticas y muy especialmente INTERNET, el cual permite crear el mercado electrónico, operado por ordenador y a distancia, de productos, de bienes, de servicios, de tecnologías, entre otros*. Precisamente uno de los mayores impactos de la tecnología de la información que se desarrolla en ese ámbito, es el que se verifica en el comercio y servicios financieros con suficiente virtualidad para llegar a modificar los hábitos de los actores del comercio internacional.

Este medio propicia la celebración de contratos electrónicos internacionales, básicamente compraventas de comercio electrónico que se definen según quien le vende a quién. Estas transacciones surgen de la interacción entre los tres actores principales que en ellas intervienen, el gobierno (G), las empresas (B) y los consumidores (C) a saber:

- B2C: business to consumer, compraventa de negocio a consumidor y viceversa C2B,
- C2G: consumer to government, compraventa de consumidor a gobierno y viceversa G2C;
- B2G: business to government, compraventa de negocio a gobierno y viceversa G2B;
- B2B: business to business, compraventa de negocio a negocio;
- C2C: consumer to consumer, compraventa de consumidor a consumidor; y
- G2G: government to government, compraventa de gobierno a gobierno[1].

Muchas de las transacciones que se producen a través de medios electrónicos o telemáticos, son operaciones de un valor económico relativamente pequeño, que se negocian en pocos instantes y

[1] BAUMGARTNER, J. y SCHULTZE, C., "Don´t Panic, Do e - commerce". European Commission of Electronic Commerce. Unión Europea. Octubre 2000, p. 8.

perfeccionadas en tiempo real entre empresas y consumidores, B2C, o entre diversas empresas pequeñas o medianas**.**

En este trabajo, nos concentraremos en la jurisdicción y en la resolución de controversias en el entorno electrónico, en el llamado ciberespacio o espacio virtual. Veamos.

II. ALGUNOS PLANTEOS INICIALES

Ahora bien, ante la cuestión jurisdiccional en este entorno, no podemos soslayar interrogarnos sobre si:

- ¿Pueden las doctrinas tradicionales contribuir a darle respuesta adecuada a un fenómeno de una naturaleza casi anárquica, que se mueve en forma desinhibida, como si las fronteras no existieran, pero no ajena a potenciales controversias?
- ¿Puede tener cabida y en su caso con qué extensión la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro? ¿Cómo habrá de protegerse a la parte más débil del contrato? ¿Puede hablarse del foro de la residencia habitual del consumidor? ¿Cuál o cuáles son las condiciones de validez de las cláusulas sobre elección de jurisdicción concertadas on line?
- ¿Puede resultar apto el arbitraje electrónico como método de resolución de disputas en INTERNET? En este caso, ¿qué validez y eficacia cabe atribuirle al convenio arbitral electrónicamente celebrado?.
- ¿De qué forma pueden salvaguardarse las garantías básicas del debido procesal legal?.
- ¿Qué posibilidades tienen los laudos electrónicos de ser reconocidos o ejecutados?.
- ¿El arbitraje on line o electrónico deberá resignarse a ser un arbitraje no vinculante?

III. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

La denominada jurisdicción internacional[2] en realidad es una noción comprensiva de varios aspectos:

1) El poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida (jurisdicción directa).
2) La prórroga de jurisdicción, ya sea a favor de tribunales judiciales o arbitrales.
3) El poder de un tribunal extranjero de producir un fallo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en otros (jurisdicción indirecta).

Estos tres aspectos para ser contemplados en materia de contratos internacionales electrónicos también deberán sufrir ciertas adaptaciones necesarias.

Es fácil advertir que la primera tentación que tendrá un juez ante una controversia surgida en el ciberespacio que le es sometida es declararse competente, no en virtud de las reglas de derecho

internacional privado aplicables sino en todo caso, mientras el sitio al que se vincula el conflicto resulta accesible desde el territorio del foro. Asistiríamos así, a una suerte de competencia universal. Siguiendo esta misma tentación, es muy probable que ese juez aplique sin más la ley local, apegándose a un criterio territorialista que no se condice con las características transnacionales del fenómeno que estamos estudiando. Así, en aplicación de este principio de territorialidad, un juez podría impedir el acceso desde su territorio a sitios *web* determinados, considerados nocivos o ilegales, aún cuando esas actividades traspasen las fronteras de su Estado. Por otra parte, esta sencilla solución esconde un riesgo importante: el tan temido *forum shopping*, ya que el actor podría elegir discrecionalmente el juez competente.[3]

Veamos estas cuestiones detenidamente.

1. Jurisdicción directa

a. Aproximación a la jurisdicción directa en materia contractual en el ciberespacio. Principales problemáticas.

En lo que respecta a la jurisdicción directa, a fin de utilizar los criterios tradiciones en la materia: domicilio del demandado y lugar de cumplimiento del contrato, deberán redefinirse estas nociones para que puedan ser aplicadas sin dificultades en el espacio virtual.

En efecto, Internet permite que las partes entablen relaciones jurídicas sin conocerse y sin siquiera saber dónde se hallan ubicadas territorialmente. Es decir, conocen sus respectivas direcciones virtuales, que pueden o no estar de algún modo u otro vinculadas a jurisdicciones reales, físicas.

Ahora bien, en el ciberespacio las partes de un contrato pueden tener un domicilio virtual, es decir, una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar de establecimiento físico. Entonces, cabe preguntarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente.[4]

Debe tenerse presente que la elección de este criterio tiene el grave riesgo de que el deudor desplace muy rápidamente su dirección virtual para evadir la acción de la justicia. En efecto, mientras el domicilio real es un criterio relativamente estable de localización, su par virtual puede

---

[2] Para un desarrollo in extenso de este tema véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Jurisdicción internacional en materia contractual*, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

[3] Cfr. FAUVARQUE - COSSON, "Le droit international privé classique à l´épreuve des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

[4] Un tratamiento in extenso puede verse en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.

resultar extremadamente fugaz. [5] En virtud de ello, algunos marcos normativos como la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005) diferencia claramente el domicilio virtual del real.

La localización del domicilio real, sin dudas, se facilita cuando en el sitio *web* se indica la dirección física del establecimiento. La dificultad que presenta la identificación y la localización de los co - contratantes ha intentado ser superada a través de ciertas presunciones y de la información que los propios interesados pueden transmitirse. Sin embargo, tal como se advirtió en las reuniones de Ottawa de 2000 celebradas en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, atenerse a las declaraciones de las partes puede resultar inconveniente, en particular, debido a los potenciales abusos a los que puede dar lugar.[6]

Por otra parte, cabe recordar que en Estados Unidos la jurisprudencia ha elaborado el concepto de "purposeful availment" o "aprovechamiento buscado" a fin de evitar que ciertos "long-arm statutes" (estatutos de largo alcance) transgredan la Quinta Enmienda de la Constitución, que consagra el Debido Proceso, al establecer jurisdicción personal específica mediante la existencia de "contactos mínimos" con el Estado del foro. Las pautas para establecer estos “contactos mínimos” han sido creadas por los propios tribunales: 1) que el demandado no residente debe haber obtenido beneficios derivados de una relación interactiva con residentes del Estado del foro, 2) que la pretensión articulada debe surgir de las actividades del demandado en el Estado donde se inició la demanda, 3) que el ejercicio de la jurisdicción personal no atente contra las nociones tradicionales de equidad y justicia, 4) que un demandado no residente puede ser sometido sea a la "jurisdicción general" (cuando el demandado ha desarrollado actividades de forma continua y habitual) o a la "jurisdicción específica" (cuando el demandado tiene uno o más contactos con el Estado y dichos contactos han dado lugar a la pretensión articulada en la demanda), 5) que para decidir se debe distinguir si el demandado se ampara en los beneficios del Estado del foro, centrando el análisis en la distinción entre sitios interactivos o pasivos. [7]

En lo que respecta a nuestro país, en definitiva, será necesario evaluar seriamente si las normas del derecho argentino en materia de jurisdicción internacional se adaptan a los requerimientos y a las particularidades del mundo virtual.

b. Derecho Argentino de fuente interna y convencional sobre jurisdicción directa en materia contractual

En el Derecho Argentino de fuente interna encontramos los artículos 1215 y 1216 del Código Civil

[5] Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, p. 7.

[6] Cfr Documento Preliminar Nº 12 de agosto de 2000. Informe de trabajo redactado por Catherine Kessedjian con la colaboración del equipo de derecho internacional privado del Ministerio de Justicia de Canadá: “Commerce électronique et compétence jurisdictionnelle internationale (Ottawa, 28 février au 1er mars 2000)”. Disponible en www.hcch.net

que en materia contractual consagran como foros alternativos los tribunales del domicilio de demandado o los del lugar de ejecución del contrato.

Por su parte, los Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato.

El Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual,[8] en el marco del MERCOSUR, establece la jurisdicción de los tribunales del Estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del Estado del domicilio del demandado o bien el tribunal del Estado de domicilio del actor, si éste prueba que cumplió con la obligación a su cargo.[9] Esta última posibilidad ya había sido consagrada por nuestra jurisprudencia en el célebre caso "Espósito e Hijos S.R.L. c/ Jocqueville de Vieu", de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 10 de octubre de 1985. [10]

Por lo tanto, en el derecho internacional privado argentino observamos que, por un lado se presenta la necesidad de determinar, calificar, definir qué se entiende por domicilio, ya sea del demandado o del actor, en el espacio virtual. Y por otro lado, el criterio del lugar de cumplimiento nos remonta a la controvertida teoría de la prestación más característica

2. Prórroga de jurisdicción

La cláusula de elección de foro en la contratación electrónica puede resultar un mecanismo de gran utilidad para las partes ya que les permitirá disipar la incertidumbre que les produce desconocer el juez competente en caso de que surja una controversia entre ellas.

Ahora bien, la validez y eficacia de estas cláusulas dependerán, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

Desde el punto de vista de la forma que debe revestir el acuerdo arbitral, un análisis comparativo

---

[7] Véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 217.

[8] El ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires está definido en el artículo 1º: "El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares - personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo". A su turno, el artículo 2º excluye de su ámbito de aplicación ciertas materias: 1. Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2. Los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; 3. Los contratos de seguridad social; 4. Los contratos administrativos; 5. Los contratos laborales; 6. Los contratos de venta al consumidor; 7. Los contratos de transporte; 8. Los contratos de seguros; 9. Los derechos reales.

[9] El artículo 7 del Protocolo de Buenos Aires dispone: "En ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor: a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) Los jueces del domicilio del demandado; c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación". Los artículos 8 y 9, respectivamente, califican lugar de cumplimiento del contrato y domicilio del demandado.

[10] Para un desarrollo detallado del Protocolo de Buenos Aires, puede consultarse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Jurisdicción Internacional en materia contractual,* en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *El Sistema Jurídico en el MERCOSUR*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

revela que la forma escrita es la exigida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Cabe observar, asimismo, que aún en los casos en que tal requisito no es exigido, en la práctica casi todos los pactos se celebran por escrito o dicho de otro modo, los acuerdos verbales no tienen gran valor debido a que las normas relativas a la prueba son muy estrictas.[11]

En lo que concierne al régimen argentino, tratándose en definitiva de materia netamente contractual, la prórroga de jurisdicción es a todas luces admisible cumpliéndose los requisitos establecidos por el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es decir: 1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional y 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, 4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

Por su lado, si bien los Tratados de Montevideo también admiten la prórroga de jurisdicción, sólo podrá celebrarse una vez surgida la controversia *(post litem*).

En cambio, el Protocolo de Buenos Aires admite la prórroga pactada antes, durante o después del estallido de la controversia, siempre que conste por escrito. [12]

Tal como podemos advertir, a la luz de las normas vigentes en nuestro país, el requisito de la exteriorización por escrito de la cláusula de prórroga de jurisdicción plantea un problema serio en materia de contratación electrónica. Sin embargo, este obstáculo ha sido superado por otros ordenamientos.

Así, el Reglamento (CE) Nº 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas)[13], si bien exige en su artículo 23.1 que el acuerdo atributivo de competencia conste por escrito o que exista una confirmación escrita de un acuerdo verbal, ha introducido un segundo apartado en la misma disposición, según el cual "se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero".[14] Al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, el

---

[11] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

[12] Según el artículo 4 del Protocolo de Buenos Aires: "En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales". A su turno, el artículo 5 dispone: "El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio.
La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo.
En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo."

[13] El Reglamento de Bruselas desde su entrada en vigor a partir del 1º de marzo de 2002 sustituyó al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, concluido en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968. El Reglamento está actualmente vigente en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, salvo en Dinamarca, ya que según los artículos 1° y 2° del Protocolo sobre la posición de este país, queda fuera de toda vinculación respecto de los instrumentos que se pudieran adoptar en relación con el Título IV de la Tercera parte del TCE.

[14] De este modo, el Reglamento de Bruselas busca complementar la Directiva de la UE sobre comercio electrónico que en su artículo 9 dispone que "los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el

Reglamento adopta la llamada "teoría de la equivalencia funcional" en relación con el término "escrito".

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

También en este aspecto el principal interrogante es: ¿las reglas tradicionales tanto de fuente interna como convencional en materia de reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias extranjeras son adecuadas para el ciberespacio?.

El carácter internacional de un número relevante de litigios surgidos en el ciberespacio genera con frecuencia la necesidad en última instancia de hacer reconocer o ejecutar una decisión judicial en el extranjero.

En nuestro país, la jurisdicción internacional indirecta está regulada en los artículos 517 a 519 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, se encuentran en vigor diversas convenciones internacionales que vinculan a la Argentina con diversos Estados. Así, cabe mencionar el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias y Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979; y en el marco del MERCOSUR, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR de Las Leñas de 1992 (aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 5/92).

Tanto el ordenamiento nacional como las convenciones internacionales vigentes en la materia que nos ocupa exigen entre otras condiciones para el reconocimiento o la ejecución de una decisión extranjera, que ésta no sea contraria al orden público internacional del Estado requerido.

En este sentido, suele darse el ejemplo del diverso tratamiento y valoración que los Estados conceden a la libertad de expresión. Así, en Estados Unidos, a la luz de la Primera Enmienda de la Constitución, los jueces locales suelen rechazar el reconocimiento y ejecución de aquellas decisiones que limitan esa libertad condenando por difamación o por ciertos contenidos ilícitos.[15] Esta situación se pudo de manifiesto precisamente en el mentado caso "Yahoo!" en el que, recordemos, un juez francés ordenó a la sociedad Yahoo Inc. a colocar un dispositivo que filtrara ciertas páginas *web* a fin de impedir que los internautas franceses tuvieran acceso a un contenido ilícito accesible a través del portal. Por su parte, le fue solicitado el reconocimiento y la ejecución de dicha sentencia francesa a un tribunal de California, el que rechazo la solicitud fundado en que

régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica".

[15] FÉRAL - SCHUHL, Christiane, "La mise en application des décisions de justice", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

esa decisión violaba manifiestamente su orden público, exteriorizado, en este caso, en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Por otra parte, tanto las normas vigentes de fuente interna como convencional, a los fines del reconocimiento o la ejecución de una sentencia o laudo extranjero, solicitan una serie de condiciones externas o requisitos formales, como la presentación de documentación por escrito, legalizada y traducida, incompatibles con la desmaterialización propia de las nuevas tecnologías. Sin embargo, estas formalidades podrían ser superadas si recurrimos al criterio de equivalencia funcional.

Asimismo, las disposiciones pertinentes en materia de jurisdicción indirecta requieren que las decisiones judiciales o laudos arbitrales emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional. Tal como hemos visto, no existen criterios uniformemente aceptados en lo que respecta a la determinación del juez competente en materia de contratos electrónicos de índole internacional. Esta incertidumbre, entonces, dificulta en gran medida el posterior reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera.

Otro obstáculo presenta, en algunas ocasiones, el requisito según el cual la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión debe haber sido debidamente citada[16] y se debe haber garantizado el ejercicio de su derecho de defensa. En este sentido, podríamos preguntarnos si calificaríamos como una citación que cumple con las pautas mínimas del debido proceso a una notificación realizada *on line* en un ciberarbitraje. O bien si una audiencia llevada a cabo en el espacio virtual, sin la presencia física de las partes ni del árbitro, garantizan el derecho de defensa.

En suma, sin un cuerpo de normas jurídicas precisas en materia de contratación electrónica internacional, que respalden debidamente una decisión judicial o arbitral, ésta no podrá ser fácilmente reconocida o ejecutada por otros tribunales judiciales nacionales.

IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y CIBERARBITRAJE

1. Arbitraje y comercio electrónico

Las partes, en cambio de prorrogar la jurisdicción a favor de tribunales judiciales, pueden optar por resolver sus controversias a través del arbitraje comercial internacional. Para ello, celebrarán una cláusula arbitral, cuya validez dependerá en última instancia de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos nacionales.

En efecto, en materia de comercio electrónico, se promueve el recurso a medios alternativos de resolución de controversias. En este sentido, la Directiva de la UE 2000/31/CE sobre el comercio electrónico en su artículo 17 dispone “Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial,

existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas..."

En lo que concierne al derecho argentino de fuente interna, el ya mencionado artículo 1º CPCCN permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de árbitros que actúen fuera de la República, siempre que se trate de asuntos exclusivamente patrimoniales de índole internacional, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por Ley. Asimismo diversas normas convencionales admiten la prórroga a favor de árbitros.

Por su parte, en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual en su artículo 4º permite a los contratantes la prórroga a favor de tribunales arbitrales.

2. Ciberarbitraje o arbitraje *on line*

La prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en una doble posibilidad: el arbitraje tradicional y el denominado ciberarbitraje o arbitraje *on line*. Acerca de esta última alternativa se ha alegado en su favor el ahorro de gastos, la innecesariedad de trasladarse y la celeridad del procedimiento.

Podemos mencionar algunas de estas iniciativas, con diversos alcances: el "Proyecto Magistrado Virtual", auspiciado por el National Center for Automated Information Research, la American Arbitration Asociation y el Villanova Center for information law and policy, la Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) de la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), el National Arbitration Forum, e-resolution, el CPR Institute for Dispute Resolution, la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), el cibertribunal peruano, la Asociación Española de Arbitraje Tecnológica (ARBITEC).[17]

Sin embargo, los ciberarbitrajes plantean una serie de interrogantes ya que tanto las legislaciones nacionales, como las convenciones internacionales y los Reglamentos de prestigiosas instituciones arbitrales no suelen prever normas fácilmente adaptables a los procedimientos en línea, puesto que exigen que las piezas fundamentales, es decir, la convención arbitral, la demanda, la contestación, la reconvención, el laudo consten por escrito y firmadas por las partes o los árbitros. Asimismo, en términos generales, prevén instancias en el curso de proceso arbitral en las que las partes y sus representantes tienen contacto físico, presencial con el tribunal arbitral.[18]

En cuanto a la celebración por medios electrónicos de la cláusula arbitral, deberemos atenernos a

---

[16] Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación exige que la citación de la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia sea realizada personalmente. Cfr. Artículo 517 inciso 2 CPCCN.

[17] Para el desarrollo de alguno de estos centros de ciberarbitraje puede consultarse BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

[18] Las peculiaridades del arbitraje *on line* ha impulsado a prestigiosas instituciones como la American Arbitration Association (AAA) a elaborar reglas suplementarias para esta particular modalidad del arbitraje. Véase Supplementary Procedures for Online Arbitration (Julio de 2001), disponibles en: http://www.adr.org/rules/commercial/online_arbitration.html

las normas de fuente interna y convencional aplicables.

Así, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece en su artículo 1º: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex".

Por su parte, la célebre Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958,[19] ratificada por nuestro país, dispone en su artículo 2° que: "1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

Si bien la Convención de Nueva York es clara cuando exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, podría interpretarse, bajo el paraguas de la teoría de la equivalencia funcional, que tal formalidad quedaría salvada siempre que el medio electrónico elegido deje cabal constancia del acuerdo de partes mediante un registro perdurable del mismo. En este sentido, el "canje de cartas o telegramas" podría ser asimilado al intercambio de correos electrónicos o comunicaciones electrónicas semejantes. Por otra parte, no podemos olvidar que los medios de comunicación que expresamente menciona el texto convencional responden a la época en que fue redactado.

En esta inteligencia, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional adoptó el 7 de julio de 2006 en su 39° período de sesiones una recomendación relativa al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, considerando, entre otros extremos, el extendido uso del comercio electrónico por la cual: "Recomienda que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas."

Cabe también recordar el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (artículo 6) que dispone en cuanto a la forma del acuerdo arbitral que: "La convención arbitral deberá constar por escrito... *Las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o*

[19] El artículo 1.3 de la Convención de Nueva York de 1958 dispone: "En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el Artículo 10, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que solo aplicara la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno". La República Argentina al momento de ratificar formuló las dos reservas, la de comercialidad y la de reciprocidad. En relación con la primera, es necesario advertir que quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta convención, entre otras, las relaciones de consumo.

medio equivalente, deberán ser confirmadas por documento original, sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco (el subrayado nos pertenece). Éste dispone que si no se hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerara válida si cumpliere con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 literal b.

Por otra parte, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en el artículo 7.2 prevé que: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u *otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (el subrayado nos pertenece).[20] Un alcance aún más amplio consagra el artículo 6.1 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 que adopta el criterio de equivalencia funcional.

Con el similar alcance, el artículo 7.4 (opción I) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su versión revisada aprobada el 7 de julio de 2006 (834ª sesión), expresa: "El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por ´comunicación electrónica´ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ´mensaje de datos´ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Desde otro punto de vista, en el caso de optar por un ciberarbitraje, los operadores del comercio electrónico deberán tener en cuenta cuáles son los riesgos cuando ellas no han elegido ley aplicable. En tal supuesto los ciberárbitros podrían aplicar ya no la *lex mercatoria*, sino la aún más difusa e incierta *lex electronica*, la que nos hemos ocupado en otras oportunidades.[21] Ello, por otra parte, conlleva otro peligro fundamental a la hora del reconocimiento y ejecución extraterritorial del ciberlaudo. Así, se llegaría a una absoluta desnacionalización, deslocalización del arbitraje, lo que nos conduce a un temible arbitraje sin ley, incompatible con las legislaciones nacionales e

[20] La CNUDMI está trabajando actualmente con el fin de elaborar un texto nuevo del artículo 7 de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional así como un instrumento interpretativo del artículo 2º de la Convención de Nueva York de 1958.

[21] Véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005; "Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 4, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

internacionales vigentes.

Asimismo, en un ciberarbitraje cabe preguntarnos cómo podremos identificar la sede en Internet. Y este no es un interrogante menor si tenemos en cuenta que la sede del arbitraje será de suma importancia para la determinación del derecho procesal aplicable, en caso de que las partes no hayan pactado nada al respecto; o a fin de ejecutar algún tipo de medida cautelar o provisional, así como al momento de solicitar el reconocimiento o la ejecución de laudo.[22] Sería, a todas luces, plausible que las partes elijan una sede real para superar las dificultades apuntadas.

También, será necesario considerar si el arbitraje *on line* sólo es un recurso idóneo ante cibercontroversias de Internet o, si podría utilizarse para solucionar disputas comunes, tradicionales. En muchos casos, de zonas grises, resulta muy complejo diferenciarlas. Tal es el caso, por ejemplo, de contratos celebrados a través de medios electrónicos, pero ejecutados *off line*. [23]

Por último, las normas de derecho interno así como las convenciones internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales exigen requisitos de diversa índole que no responden a la realidad del ciberespacio. En lo que concierne a este aspecto nos remitimos a lo dicho en oportunidad de analizar la jurisdicción internacional indirecta.

V. REFLEXIONES FINALES

- El espacio virtual, aún con ciertas características particulares, no es extraño a la regulación jurídica, que implica un gran desafío para legisladores y autoridades judiciales. Se está ante un fenómeno que forma parte de la realidad que precisa convertirse en parte del orden jurídico, del derecho. En este sentido, podrán ser los Estados o los propios usuarios quienes deberán tomar la iniciativa en la determinación de las reglas.
- Los especialistas de derecho internacional privado tendremos que asumir una vez más, con seriedad, con imaginación la responsabilidad para atender un fenómeno que ha revolucionado el mundo de los negocios.
- La doctrina y la jurisprudencia tradicional, tanto nacional como extranjera, en materia de jurisdicción internacional, deben adaptarse, adecuarse a los cambios rotundos, redefiniendo los puntos de conexión tradicionales, permitiendo la solución de las disputas mediante modalidades como el arbitraje, consolidando los mecanismos de cooperación y asistencia jurídica, pero siempre atendiendo a la modalidad del comercio electrónico, que por su propia esencia reafirma la existencia, la necesidad de recurrencia a nuestra anciana, pero aún plena de vitalidad rama del derecho.

---

[22] Véase, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. “Los beneficios del arbitraje comercial internacional”. Disponible en http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/beneficios_arbitraje_comercial_internacional.html.

[23] Un análisis detallado del tema, puede verse en OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, p. 9 y ss.

- Una solución puede ser la elección del foro que tendrá que resolver las eventuales disputas que pudieran presentarse. Habrá que discernir en este caso si las cláusulas electivas celebradas por INTERNET para llenar el requisito de la forma escrita exigirá una confirmación escrita por correo electrónico.
- Otra probable solución, puede tener lugar a través de la cooperación, de la asistencia jurisdiccional en la materia, no descartando la armonización legislativa entre los Estados, mediante la celebración de convenios internacionales que contengan criterios uniformes no solamente en materia de jurisdicción internacional, sino además lo relacionado con el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales dictados en el ámbito de INTERNET.
- Creemos que le asiste razón a la doctrina que ha llegado a considerar que las disputas que se originan con motivo del comercio electrónico, específicamente aquellas en las que ambas partes se encuentran familiarizadas con el *modus operandi* de la NET, son aquellas en las que las partes se encontrarán más dispuestas, más inclinadas a elegir el arbitraje en general y el arbitraje on line como modalidad para resolverlas.
- Lo que realmente parece contribuir al empleo de este último tipo de arbitraje, sin perjuicio de la intrínseca naturaleza intangible de la INTERNET, es el hecho para nada menor, de no encontrarse las partes físicamente presentes, con la consabida carga emotiva de sus pasiones, la preciosa posibilidad de tomar distancia sobre las cuestiones controvertidas que las enfrenta. Una de sus mayores ventajas es pues, que las partes eligen el momento en que desean intervenir, en que quieren responder, participar en el procedimiento.
- El arbitraje como mecanismo de solución de disputas, todavía puede continuar contribuyendo aún más, para el reestablecimiento de la paz, obsequiando sus probados beneficios a los operadores del comercio electrónico que en él confíen.
- Respecto de la ley que aplicarán los árbitros en el cyberspace, en defecto de elección de ley por las partes, persistimos en nuestra idea acerca de que la misteriosa cybermercatoria o lex electronica deberá adaptarse, acomodarse dentro de los espacios que le permiten los ordenamientos jurídicos estaduales. Porque estamos convencidas que lo contrario es no solamente de toda imprudencia, sino de cierta temeridad en cuanto contribuirá a despertar la anarquía dormida, latente de INTERNET.

ARBITRAJE ELECTRÓNICO: UNA MIRADA AL FUTURO

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. INTRODUCCION

Por sus propias características, INTERNET y el comercio electrónico se revelan como la innovación más prometedora de la globalización tecnológica, económica y cultural ante la que el Estado no puede permanecer ajeno. A su alrededor, se crean una multiplicidad de efectos, que tienen virtualidad suficiente como para que el comercio electrónico pretenda desprenderse de las fronteras, y de las aduanas.

Por un lado, en un sentido amplio, comercio electrónico se refiere a todo intercambio de datos que se realiza por medios electrónicos, esté o no relacionado estrictamente con la actividad comercial. Sin embargo, en un sentido más restringido, debe entenderse por tal, a aquél cuya actividad se circunscribe a las transacciones electrónicas desarrolladas a través de mecanismos que proporcionan tecnologías tales como el correo electrónico, EDI o INTERNET. Por otro lado, se puede distinguir entre lo que se ha dado en llamar el comercio electrónico indirecto utilizado para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución y el comercio electrónico directo, en el que el pedido, el pago, el envío de los bienes intangibles o servicios se producen “on line”, tal como sucede con las transacciones de música y de software.

De tal modo que puede entenderse como comercio electrónico, el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global que utilizando redes informáticas y muy especialmente INTERNET, el cual permite crear el mercado electrónico, operado por ordenador y a distancia, de productos, de bienes, de servicios, de tecnologías, entre otros. Precisamente uno de los mayores impactos de la tecnología de la información que se desarrolla en ese ámbito, es el que se verifica en el comercio y servicios financieros con suficiente virtualidad para llegar, como veremos más adelante, a modificar los hábitos de los actores del comercio internacional.

Este medio propicia la celebración de contratos electrónicos internacionales, básicamente compraventas de comercio electrónico que se definen según quien le vende a quién. Estas transacciones surgen de la interacción entre los tres actores principales que en ellas intervienen, el gobierno (G), las empresas (B) y los consumidores (C) a saber:

- B2C: business to consumer, compraventa de negocio a consumidor y viceversa C2B,
- C2G: consumer to government, compraventa de consumidor a gobierno y viceversa G2C;
- B2G: business to government, compraventa de negocio a gobierno y viceversa G2B;

- B2B: business to business, compraventa de negocio a negocio;
- C2C: consumer to consumer, compraventa de consumidor a consumidor; y
- G2G: government to government, compraventa de gobierno a gobierno[1].

Muchas de las transacciones que se producen a través de medios electrónicos o telemáticos, son operaciones de un valor económico relativamente pequeño, que se negocian en pocos instantes y perfeccionadas en tiempo real entre empresas y consumidores, B2C, o entre diversas empresas pequeñas o medianas**.**

II. DISCURSOS EN TORNO DE LA REGULACIÓN DE INTERNET

Jürgen Habermas ha buscado identificar y explicar un método para justificar la validez de la ley y de las instituciones legales. Este autor propone un camino para individualizar las normas que son presuntivamente legítimas, dado que fueron alcanzadas mediante procedimientos moralmente justificados. Arguye que solamente un sistema que garantice básicamente los derechos civiles y que habilite una significativa participación de quienes se verán afectados por una decisión puede tomar decisiones legítimas[2]. Corresponde plantearse si INTERNET reúne los requisitos necesarios para ser considerado como un entorno que garantiza la participación de quienes se ven afectados por las decisiones que se tomen. En otros términos, si en ese ámbito se encuentra asegurada la legitimidad de las normas, es decir, si ellas han sido alcanzadas por procedimientos democráticos.

Howard Rheingold considera que "la comunidad virtual puede ayudar a los ciudadanos a revitalizar la democracia, o pueden ser tentados dentro de un atractivo envoltorio sustitutivo del discurso democrático..."[3]. Para esta corriente de pensamiento, el idealismo en torno de INTERNET no es solamente un viejo discurso para acompañar a las nuevas tecnologías, sino antes bien, una manera de tratar de cambiar los aspectos de desigualdad de la estructura social.

Muchos han pensado seriamente que puede ser un espacio libre de la interferencia, lejos de los controles gubernamentales. Dentro de esta concepción, se inscribe la celebérrima Declaration of the Independence of Cyberspace de John Perry Barlow que establece: *"We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth...Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here*[4]*.* Aunque desde ya anticipamos que según nuestra opinión, esta noción teñida de entusiasmo, de romanticismo, de idealismo, se nos aparece como profundamente ambiciosa.

---

[1] J. BAUMGARTNER & C.SCHULTZE, "Don´t Paniel Do electronic commerce". European Commission of Electronic Commerce. Unión Europea. Octubre 2000. P. 8.

[2] J. HABERMAS, "Between facts and norms: Contribution to a discourse theory of law and democracy". *Harvard Law Review,* 1995, 1163. y del mismo autor "The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*".* Traducido por Burger y Lawrence. Cambridge: Polity Press. 1989.

[3] H. RHEINGOLD, "Virtual Communities", 1993, pp. 273.

[4] J. PERRY BARLOW "A Declaration of the independence of cyberspace". www.eff.org./-barlow/Declaration-final.html.htm2. Suiza. 08/02/1996.

III. JURISDICCION E INTERNET[5]

Ante tales delicados pero relevantes planteos, cabe seriamente preguntarse, si se puede pensar en sujetar a las jurisdicciones estatales un fenómeno como la NET, que ha sido diseñada precisamente, para trabajar sobre bases de lógica, para lograr la mayor independencia de las ubicaciones físicas, para desprenderse de los ordenamientos jurídicos estatales. Ella está caracterizada por permitir la realización de transacciones entre personas que no conocen, mejor dicho desconocen la real ubicación de la otra parte, de modo tal que también el sistema se presenta en principio como sumamente resistente, casi indiferente a la geografía, a la limitación territorial, a las barreras, a las fronteras estaduales. En este sentido, se vislumbra que el objeto resulta si no inasible, por lo menos sensiblemente intangible, resbaladizo, huidizo**.**

Tal como adelantamos precedentemente, se enfrentan aquí dos líneas de pensamiento, por un lado, la que denominamos **tesis negatoria** que entiende que INTERNET no es multijurisdiccional, sino ajurisdiccional, una suerte de utopía ácrata y por el otro, la que designamos como **tesis afirmatoria** según la cual el espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, merece ser jurídicamente reglado. En lo personal, me incluyo decididamente en la segunda corriente de pensamiento. En tal sentido, me permito hacer notar la similitud de la polémica actual y los debates de los filósofos racionalistas acerca del contrato social con arreglo al cual se abandonó el estado de naturaleza donde el ser humano posee una ilimitada, aunque insegura libertad, a otra de libertad limitada pero protegida y garantizada por la autoridad y las leyes[6].

IV. ALGUNOS PLANTEOS INICIALES

Ahora bien, ante la cuestión jurisdiccional en este entorno, no podemos soslayar interrogarnos sobre si:

- ¿Pueden las doctrinas tradicionales contribuir a darle respuesta adecuada a un fenómeno de una naturaleza casi anárquica, que se mueve en forma desinhibida, como si las fronteras no existieran, pero no ajena a potenciales controversias?
- ¿Puede tener cabida y en su caso con qué extensión la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro? ¿Cómo habrá de protegerse a la parte más débil del contrato? ¿Puede hablarse del foro de la residencia habitual del consumidor? ¿Cuál o cuáles son las condiciones de validez de las cláusulas sobre elección de jurisdicción concertadas on line?
- ¿Puede resultar apto el arbitraje electrónico como método de resolución de disputas en INTERNET? En este caso, ¿qué validez y eficacia cabe atribuirle al convenio arbitral electrónicamente celebrado?.
- ¿De qué forma pueden salvaguardarse las garantías básicas del debido procesal legal?.

---

[5] Ver FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221;

[6] PEREZ LUÑO, A.E. “Internet navegaciones y abordajes”, en La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, N° 4258.

- ¿Qué posibilidades tienen los laudos electrónicos de ser reconocidos o ejecutados?.
- ¿El arbitraje on line o electrónico deberá resignarse a ser un arbitraje no vinculante?[7].

V. CLAUSULAS DE ELECCION DE FORO EN EL DERECHO ARGENTINO[8]

a) FUENTE INTERNA

En materia de jurisdicción internacional, conviene resaltar, que el derecho argentino de **fuente interna** admite la prórroga, la cual puede ser válidamente celebrada en cualquier tiempo, vale decir, antes, durante o después del estallido de la disputa, según surge del artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con tal que se encuentren reunidas las siguientes condiciones:

- Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial,
- Que se trate de cuestiones de índole internacional.
- Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, que la jurisdicción de los tribunales argentinos sea exclusiva.

b) FUENTE CONVENCIONAL

En el ámbito convencional, los célebres **Tratados de Montevideo** si bien admiten la prórroga la limitan en el tiempo ya que no podrá celebrarse sino post litem, vale decir, después del estallido de la controversia, como solución congruente con un contexto internacional poco proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad.

En el ámbito específico del **MERCOSUR el Protocolo de Buenos Aires** que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual, en materia de acuerdo de elección establece que se puede pactar antes, durante o después del estallido de la controversia, en forma escrita. Asimismo, sabido es que se han aprobado, y se encuentran en vigor acuerdos que dentro de su ámbito regulan específicamente esta materia[9].

LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS –APROBADA POR LEY ARGENTINA 23.619 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1988[10]

---

[7] Debido a los obstáculos jurídicos a los que nos referiremos, los centros terminan por ofrecer arbitrajes no vinculantes.

[8] Puede verse FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

[9] Acuerdo sobre Arbitraje de junio de 1998, Protocolo de Colonia en materia de Inversiones Extranjeras 1994, Protocolo de Las Leñas sobre Asistencia y Cooperación en materia civil, comercial, administrativa y laboral de 1992 y finalmente el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual. Sobre el particular puede verse de S.L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *Jurisdicción Internacional en materia contractual*, en A. ALTERINI (dir.) *Sistema Jurídico del Mercosur*, Abeledo Perrot, 1995.

[10] Al ratificar la Convención la República Argentina efectuó las reservas autorizadas en su artículo 1, con arreglo a las cuales sólo se aplicará a laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado Parte y cuando se trate de laudos arbitrales extranjeros dictados en materia comercial. Recomiendo la lectura del excelente trabajo de H. GRIGERA NAÓN, sobre "Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros", publicado en *Revista La Ley* 1989-Sección doctrina-p. 881/894.

El incremento de las relaciones jurídicas internacionales a través de las fronteras, ha elevado al arbitraje privado internacional a la categoría de método de resolución de las disputas por excelencia. Las partes en las transacciones internacionales, al preseleccionar al arbitraje como método de resolución de sus disputas, esperan encontrar, tal como ya dijimos: un foro neutral que interprete sus derechos, en lo posible sin la interferencia de los tribunales estatales; la posibilidad de recurrir a un tribunal estatal para anular el laudo que no ha respetado las garantías básicas del debido proceso, o que ha sido dictado bajo los efectos del fraude o la corrupción y asegurarse que la decisión arbitral habrá de ser rápidamente ejecutada sin ser sujeta a la revisión sobre el fondo por los tribunales estatales. Esas cuestiones esenciales se logran mediante la aplicación de la Convención de Nueva York (en lo sucesivo CNY). Precisamente se ha dicho que es el instrumento de carácter práctico más importante del derecho privado uniforme, que se ha conformado con resolver algunas cuestiones básicas en la materia:

- Cuando las partes han acordado el arbitraje y ante el estallido de la disputa, una de ellas mediante el recurso a tácticas, a añagazas, pueden desear dilatar el procedimiento iniciando la acción ante los tribunales estatales y aún más,
- Recoge la noción de "*sentencia extranjera"*, entendiéndose por tal la que ha sido dictada en territorio distinto al del Estado donde se solicita su reconocimiento o ejecución, o que no haya sido considerada como nacional por el Estado en el cual se pide dicho reconocimiento o ejecución. Estos criterios se desprenden del artículo I de la Convención, cuando establece que son aquellas dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento o ejecución. Por tanto, siguiendo a la doctrina diremos que para "saber cuando existe una sentencia extranjera podemos aplicar dos criterios, ambos negativos: Que no se haya dictado en el territorio del Estado ante el cual se pide reconocimiento y ejecución o que aún dictada en dicho territorio, el ordenamiento jurídico del Estado requerido no la considere como laudo nacional, sino valga la redundancia lo estime extranjero a pesar de haber sido dictado dentro de su territorio."
- Consagra el principio rector que inspira las modernas legislaciones y convenciones internacionales que se basa en la presunción de validez de los acuerdos arbitrales y la regularidad de las sentencias arbitrales extranjeras. Establece el requisito de la obligatoriedad de la sentencia extranjera, no su firmeza[11]. Este tema ha dado lugar a una gran diversidad en su interpretación, dado que del texto del instrumento bajo examen no

[11] Este aspecto reviste importancia fundamental por eliminar el trámite del doble exequatur. Sin embargo, esta exigencia surge, respecto de los laudos arbitrales, de lo establecido en los artículos 3 y 6 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, así como del artículo 3 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, de Montevideo de 1979. Para lograr demostrar que se trata de un laudo definitivo la parte quien solicita su reconocimiento o ejecución ha sido prácticamente obligada a obtener el exequatur en el país donde fue dictado. De manera que resulta claro discernir la diferencia entre laudo obligatorio y laudo final o definitivo.

surge una definición del término obligatorio, cuestión que le permitió a la más autorizada de las doctrinas vaticinar las consecuencias negativas de esta omisión[12]. Sin embargo, se entiende que decir que un laudo es obligatorio es decir menos que laudo firme. Mas primordialmente lo que logra la CNY es superar el tedioso, el nada favorecedor *doble exequatur*.

- Exige la presentación de un número mínimo de documentos para respaldar la petición de la parte que invoca a su favor una sentencia arbitral extranjera. Solamente se trata de la copia del acuerdo arbitral y del laudo, en su caso traducido si el idioma en que se ha dictado es distinto de aquél en que se redactó el acuerdo arbitral.
- Invierte la carga de la prueba, obligando a quien resiste el reconocimiento y/o ejecución a probar que no se encuentran reunidos los requisitos que lo impiden. En este sentido, cabe señalar que las causales se encuentran taxativamente establecidas en el artículo V de la Convención. Se trata de motivos oponibles por parte del demandado. De este modo, el laudo se encuentra revestido de una presunción de validez *ab initio.*
- Posibilita la denegación o rechazo de oficio por parte del juez requerido, cuando el laudo se opone al orden público internacional o se trata de una cuestión no arbitrable de conformidad con la ley del foro.
- Permite el reconocimiento, así como la ejecución parcial del laudo, el denominado *exequatur* parcial[13].
- En suma, la Convención de Nueva York, (CNY) por un lado, reconoce la validez de los acuerdos arbitrales celebrados por ***escrito*** y obliga a los tribunales estatales a remitir a las partes a arbitraje en el caso de que una de las partes recurran a ellos y por otro lado, dictado el laudo, obliga a los tribunales estatales a reconocerlos y a ordenar su cumplimiento forzoso.

VI. REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

En su 32° período de sesiones, el 10 de junio de 1998, la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional organizó una jornada conmemorativa especial, para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 10 de junio de 1958). Participaron además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y observadores, más de trescientos invitados. En esta ocasión se trataron los siguientes temas:

1. Conciliación.
2. **Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.**
3. Posibilidad de someter cuestiones a arbitraje.

[12] Sanders, Pieter "New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", en *VI Netherlands International Law Review*, 43,55, 1959.

[13] Recomendamos la consulta de la excelente obra del Profesor uruguayo SANTOS BELANDRO, R. S. *Arbitraje Comercial Internacional*, 2da. Edición. Ruben Santos Belandro y Pereznieto Editores, Estudios Monográficos, México, 1997.

4. Inmunidad soberana.
5. Acumulación de Procedimientos arbitrales.
6. Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales.
7. Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación.
8. Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos.
9. Responsabilidad de los árbitros.
10. Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios.
11. Costas en procedimientos de arbitraje.
12. Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección y
13. Facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido ejecutado en el estado de origen.

Cabe recordar que el artículo II (2) de la CNY expresa lo siguiente:

> *"La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".*

A su turno, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en el artículo 7 (2) prevé que:

> *"El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".*

VII. ARBITRAJE ON LINE O ELECTRÓNICO (ON LINE DISPUTE RESOLUTION-0DR)[14]

INTERNET no solamente se ha erigido en el espacio de la información, en un área proclive a la celebración de contratos cibernéticos internacionales, sino que además ofrece a los usuarios que en ella navegan, mecanismos de resolución, sistemas de solución de controversias en línea, dirimiéndose las disputas dentro de su ámbito, con sus propias herramientas.

Cabe resaltar, que en este tipo de procedimientos, las comunicaciones se realizan on line, se designa al árbitro, se demanda, se contesta la demanda, se ofrecen las pruebas, se dicta el laudo por la misma vía. Una de sus características es precisamente, que las partes no se encuentran sino solamente en el espacio virtual, y suelen someterse a la decisión del árbitro o árbitros, reconociendo el derecho en caso de incumplimiento, de solicitar la ejecución judicial del laudo.

En efecto, existen muchos proveedores de mecanismos alternativos de solución de conflictos, los ADR (Alternative Dispute Resolution), que cuando emplean nuevas tecnologías, herramientas de

comunicación en las distintas fases del procedimiento, se han dado en llamar ODR (On Line Dispute Resolution) o también conocidos como Sistemas de Solución de Controversias en Línea (SSCL). Estos sistemas, entre los que ubicamos al arbitraje en línea, se caracterizan por la utilización de redes computaciones y programas especiales para resolver controversias utilizando algunos de los métodos usuales de solución alternativa de controversias. Se valen de INTERNET para permitir el acceso remoto a los servicios sin tomar especial consideración del lugar físico en el que se encuentran las partes en disputa.

Este tipo de arbitraje ha venido empleándose, fundamentalmente, en controversias relativas a la organización y funcionamiento de la red y especialmente, las que se entablan entre proveedores de servicios de la red y los usuarios. Estas cuestiones se caracterizan por una clara desproporción entre la cuantía económica del asunto y los costos de su solución ante los tribunales estatales; controversias que si debieran ser llevadas ante los tribunales estatales pueden disuadir al consumidor de emprenderlas, y así ejercitar sus derechos.

Nos parece sumamente atinado para comprender el papel que pueden desempeñar los sistemas de resolución de disputas en línea y en especial el arbitraje electrónico, observar los resultados de una investigación que se hizo titulada *Internet Shopping Project,* que consistió en la compra de ciento cincuenta productos en diecisiete países y se procedió luego a devolverlos, pudiéndose constatar que:

1. El 44% de los productos ordenados llegaron sin recibos;
2. El 73% no especificó términos contractuales fundamentales;
3. El 25 % no proporcionó su domicilio o número telefónico;
4. El 24 % no fijaron claramente el costo total de las mercaderías adquiridas; y
5. Uno de cada diez artículos ordenados nunca llegaron a destino[15].

Ciertamente, el éxito del arbitraje internacional en línea, dependerá de una multiplicidad de factores de índole económica, como la demanda del mercado, la cuantía de las disputas, los costos para los usuarios; y social, como el desarrollo de nuevas tecnologías, la consolidación del comercio electrónico, y fundamentalmente, de la posibilidad que los laudos emitidos por los centros dedicados a arbitrajes electrónicos, sean protegidos por los tratados internacionales. Veamos.

VIII. ALGUNOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS

Para constituirse en un instrumento eficaz de resolución de disputas, deberá superar, según mi opinión, tres problemas fundamentales relacionados con:

a) La validez y eficacia del convenio arbitral electrónicamente celebrado.
b) El respeto de las garantías del debido procesal legal.
c) El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral electrónico.

---

[14] Puede ampliarse en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet", en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

[15] CHAN, P.W. ob.cit.

VALIDEZ DEL ACUERDO ELECTRÓNICO

En la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca, el régimen relativo a la sumisión expresa se encuentra contenido en el artículo 23 del Reglamento (CE) N°44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido bajo la denominación de Reglamento de Bruselas I, que establece: "Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiera surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes". A su turno, señala que el "acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o
b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecidos entre ellas; o
c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado".

Este artículo, ha sido ampliado por el Reglamento Bruselas II, que introduce un nuevo apartado segundo del artículo 23 en el que se dispone que "se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero".

Simétricamente, la Ley Modelo UNCITRAL estima como válidos aquellos acuerdos que se han formalizado con la utilización de cualquier medio de telecomunicación que deje constancia del acuerdo, texto de alguna manera abarcativo del correo electrónico y del intercambio electrónico de datos (EDI[16]).

Ahora bien, cabe observar que una interpretación extensiva del artículo II(2) respecto de la expresión "contenidos en un canje de cartas o telegramas" propicia la inclusión de otros medios de comunicación, en particular el télex, el facsímil. Quizás se podría sostener, que el comercio electrónico también quedaría comprendido en el texto aludido, a tenor de lo establecido por la Ley Modelo UNCITRAL sobre la materia junto con su guía para la incorporación al derecho interno[17].

En rigor, la cuestión más delicada surge de la combinación entre la forma y la manera en que el acuerdo de arbitraje aparece descrito por la expresión "canje de cartas o telegramas (o

[16] Electronic Data Interchange.

[17] La guía prevé, en consonancia con la CNY y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional:"...La ley Modelo puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes en esos instrumentos internacionales dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular". (Párrafo 6 de la Guía).

“intercambio de cartas o telegramas”) en la Ley Modelo y en la CNY. Es cierto que desde una interpretación literal las expresiones estarían aludiendo a un mutuo intercambio de textos escritos.

Desde nuestra mirada, de lo que no cabe dudas, es que quedan excluidas expresiones tales como aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito o de una confirmación de venta por escrito, un contrato concluido en forma verbal, o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque, instrumentos o contratos por los que se transfieren derechos u obligaciones a terceros no firmantes cuando los terceros que no son parte en el acuerdo original, tal como ocurre cuando se produce una transferencia universal de activos, tales como sucesiones, fusiones, o bien transferencia específica de activos, tal como la transferencia de contratos o cesión de cuentas por cobrar, de deudas, novación, subrogación, estipulación a favor de terceros, o en el caso de multipartes o múltiples partes o grupos de contratos o grupos de sociedades, extensión implícita de la aplicación del acuerdo de arbitraje a personas que no eran expresamente parte del mismo, para citar solamente algunos ejemplos[18].

Aquí se abren, para explicar lo expuesto, dos líneas interpretativas. Una, la interpretación amplia, sostiene que la CNY no necesita ser reformada en este punto, mientras que la otra, la estricta, considera que habrá que contar con una subsanación en el ámbito legislativo de esta cuestión. Quizás fuera atinado pensar, como lo hacen prestigiosos autores, que dentro de una corriente tradicional, la única solución efectiva sería disponer expresamente el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales con fundamento en convenios que cumplen el requisito de forma más liberal. Esta solución debería abordarse en el más amplio contexto de un suplemento de la Ley Modelo que contenga un capítulo sobre ejecución[19].

Lo cierto es que a estas alturas conviene recordar que la CNY ha tropezado en la práctica con muchas dificultades en este aspecto, tal como indica un estudio realizado al momento de elaborarse la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional por el Secretario General de la Comisión, el que se señalaba que la definición en la LMA debería ser más precisa y detallada[20].

Pero para nosotros las diferencias entre la CNY y la LMA son de época. Por ello la ley modelo que se adoptó en 1985 reconoce otros medios de comunicación que, en 1958, no se utilizaban. Además, usando un lenguaje sorprendentemente avanzado para los tiempos de su elaboración, incluyó la posibilidad de encerrar dentro del concepto de forma escrita, los medios electrónicos de comunicación (otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo).

Por nuestra parte, nos enrolamos decididamente en la tendencia contemporánea de interpretación amplia de la Convención, por entender que ella no realiza una enumeración taxativa, ni exhaustiva de lo que debe considerarse por escrito, permitiendo que caigan bajo su ámbito entre otras, las comunicaciones electrónicas, los emails, el click wrap.

---

[18] Ver A/CN9/460, Pág. 8.

[19] G. HERRMANN “Necesita el mundo más legislación uniforme en materia de arbitraje?. En *Revista Foro. México*. 2001. VAN DER BERG “La Convención de Nueva York, sus efectos deseados, su interpretación, sus principales aspectos problemáticos”. En *Association suisse de l´ arbitrage*, serie especial N.9 pp. 25/45 1996.

[20] A/CN.9/168, párrafos 19 a 26.

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Otro de los obstáculos que tendrá superar el arbitraje electrónico, es el relacionado con la garantía de independencia e imparcialidad que debe asegurarse a quienes son sus usuarios. En este aspecto, el proveedor del servicio (ODR), para obtener resultados deberá construir una esquema suficientemente neutral. Deberá ofrecer a los usuarios árbitros que se encuentren involucrados con la observancia de reglas éticas, de códigos de conducta que los aleje de los propios conflictos de intereses, del fraude, de la corrupción.

GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO, DE SER OIDO, DE RESPONDER.

Cada una de las partes enfrentadas en el litigio deben tener la oportunidad de ser oídas, y en condiciones de responder las aseveraciones de la otra parte. En los arbitrajes electrónicos, los proveedores de tales servicios, generalmente basados en el envío e intercambio de mensajes electrónicos, deben brindar a las partes oportunidad y términos suficientes para poder ser escuchadas, teniendo especial consideración respecto a la participación de consumidores menos preparados, con menores recursos.

La franja de mayor litigiosidad se produce en cuestiones donde la cuantía en debate suele ser pequeña, de escasa magnitud. Por tal motivo, los costos del servicio, no podrán ser elevados, sino que habrán de resultar proporcionados para tener virtualidad como para convertirse en una de las ventajas adicionales de este tipo de resolución de conflictos.

Así pues, el usuario al momento de elegir el mecanismo ODR apropiado, debe ser anoticiado acabadamente de las consecuencias jurídicas de tal decisión, debe tener la posibilidad de participar activamente en el desarrollo del proceso, en todas sus etapas, mediante el acceso al expediente, aporte de pruebas, recepción de comunicaciones, entre otras medidas posibles. Los centros administradores de arbitrajes electrónicos suelen poner a disposición de los usuarios, además de un reglamento, una serie de aplicaciones vinculadas con formularios, calendarios, lenguajes, así como un entorno informático conocido y compatible para el uso de cualquier formato de archivos.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ELECTRÓNICOS

Tal como vimos, el artículo IV b surge que la solicitud de reconocimiento o ejecución del laudo, deben ir acompañada del original del acuerdo celebrado entre las partes o una copia certificada; y que según el artículo II inc. 2 el acuerdo arbitral para ser válidamente considerado, debe haberse celebrado por escrito, ser firmado por las partes o estar contenido en un intercambio de cartas o telegramas. Ciertamente, si los tribunales estatales se alinean dentro de una concepción estricta, se pronunciarán por la invalidez del acuerdo celebrado por medios electrónicos, mientras que desde otra perspectiva dentro de una interpretación amplia, lo considerarán válido. Ahora bien, si esta fuera la hipótesis, habrá que saber que la prueba consistiría en la presentación del documento electrónico con firma digital, que se haya asegurado la identidad, la autenticidad, integridad, la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas. En este aspecto, deberá quedar garantizado que no han participado en el desarrollo del procedimiento terceros no

autorizados, y sobre todo, que el laudo no fue manipulado en forma espuria, durante su emisión o su notificación. Este es, sin lugar a dudas, el aspecto más problemático de esta delicada cuestión. Para superar estas dificultades los proveedores de servicios más cautos, a fin de que los laudos caigan bajo el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, han establecido que el laudo electrónicamente emitido, sea además notificado en soporte papel, firmado por los árbitros y en su caso protocolizado con arreglo a los derechos estaduales.

IX. PRESENTE Y FUTURO DEL ARBITRAJE ON LINE O ELECTRÓNICO

En el presente del arbitraje electrónico se encuentran algunas iniciativas, proyectos y proveedores que procuran adaptar a la nueva realidad de la NET la resolución de las disputas. Atienden las desavenencias nacidas entre empresas pequeñas y medianas y consumidores, ofreciendo a los usuarios en asuntos de pequeña cuantía un procedimiento basado en el intercambio de emails, de comunicaciones electrónicas a través de sus páginas webs.

Entre las iniciativas además del ya célebre Cibertribunal peruano, conviene citar el Resolution Forum, el Settle Techase, el Squaretrade, el Web Mediate, el Virtual Magistrate, solamente en Estados Unidos. En Europa, destacan el ARBITEC, y el Chatered Institute of Arbitrators de Londres para la Asociación Británica de Agencias de Viajes ABTA (Association of British Travel Agents) y la empresa Ford, y en Asia, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, entre tantos otros. Desde nuestra mira, el éxito de los arbitrajes electrónicos dependerá del esfuerzo mancomunado de los Estados, de los centros que administran los arbitrajes, y de las asociaciones que reúnen a los proveedores y usuarios de los servicios de INTERNET.

Los Centros ODR o SSCL, si desean permanecer activos, deberán realizar esfuerzos para que el arbitraje en línea, brinde a los usuarios las mismas garantías que ofrece el arbitraje tradicional, de modo de asegurar en caso de incumplimiento del laudo, su reconocimiento y ejecución ante los tribunales estatales.

Los legisladores deberán contemplar la necesidad de la modificación, o reemplazo de las reglas existentes en la materia, emprendiendo las reformas en sus leyes de arbitraje o de derecho internacional privado, que se adecuen a la realidad del entorno cibernético.

Los tribunales estatales, habrán de afinar el concepto de la formalización por escrito de la cláusula de elección de foro, flexibilizando la interpretación de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958, que regula la validez y eficacia de la cláusula arbitral ante los tribunales estatales y los requisitos que deben reunir los laudos arbitrales, para que a través del principio de equivalencia funcional, sean reconocidos los acuerdos electrónicamente celebrados.

De orientarse las políticas públicas en este sentido, las disputas que se originen con motivo del comercio electrónico específicamente aquellas en las que ambas partes se encuentran familiarizadas con el *modus operandi* de la NET, serán donde las partes se encontrarán más dispuestas, más inclinadas a elegir el arbitraje en general y el arbitraje *on line* como modalidad para resolverlas. Porque los probados beneficios que el arbitraje, como método de resolución de

las disputas por excelencia en la esfera internacional, brinda pueden extenderse a los operadores del comercio electrónico que en él confíen.

OBSTÁCULOS LEGALES Y CONVENCIONALES AL ARBITRAJE ELECTRÓNICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

El medio de comunicación e interacción por excelencia en estos tiempos posmodernos es Internet, un nuevo instrumento a través del cual se llevan a cabo un sinnúmero de relaciones jurídicas de la más variada índole, despojadas de los límites de espacio y tiempo tradicionales, y entabladas de modo sumamente rápido y con costos mínimos.

Precisamente en estas ventajas repararon los operadores del comercio internacional cuando adoptaron la *web* como un nuevo escenario de sus operaciones. En efecto, Internet revolucionó al comercio mundial, al punto de rebautizarlo como *e-commerce* o comercio electrónico.[1]

Este nuevo espacio, el ciberespacio no responde a las clásicas fronteras estaduales, y por lo tanto escapa en cierta medida de los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos enfrenta a plantearnos si es posible regular este nuevo espacio, y en su caso, cuáles son las alternativas posibles. En definitiva: ¿los problemas del mundo virtual son distintos en esencia a los pertenecientes al mundo real?.

Muy diversas opiniones se sostienen acerca de la necesidad de crear normas que rijan el espacio virtual.

Para algunos, toda regulación no contribuirá más que a entorpecer este medio y en particular, obstaculizará las operaciones comerciales que se desarrollan a través de sus redes. Por lo tanto, en esta línea de pensamiento, el espacio virtual, sin fronteras geográficas, "ajurisdiccional" no debe sufrir la intromisión de los Estados. En suma, estaríamos ante un ámbito que no pertenece a nadie y en consecuencia, ninguna autoridad estatal tendría legítimas facultades de regulación y control de las situaciones y relaciones que se concluyen en ese espacio. Para esta posición, en general, la solución vendría de la mano de la "autorregulación", es decir de las normas que la propia red, que sus usuarios adoptan y respetan en la práctica. Esa sería la única alternativa

[1] Téngase presente que el comercio electrónico generado solamente desde sitios argentinos en la Web superó la barrera de los 10.000 millones de pesos en el año 2006, producto de las transacciones de más de 5 millones de personas que compraron algún producto o contrataron un servicio a través de Internet durante ese año.
Con estas cifras, se logra por cuarto año consecutivo un crecimiento con tasas superiores al 100 por ciento, según el *Estudio eCommerce Argentina 2006* de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) realizado durante los meses de noviembre y diciembre de ese año. Según este estudio el poder comercial de Internet ha crecido en Argentina en forma tan importante que se ubicó como un cuarto canal obligado para la comercialización de productos y servicios, convalidando estudios recientes que demuestran que más de 9 millones de personas consultan la web antes de comprar y un 60% de estas consultas terminan en la compra del producto o servicio consultado.
Fuente: http://www.cace.org.ar/Content.aspx?Id=15082

viable, frente a la imposibilidad de los Estados de regular las actividades que se desarrollan fuera del ámbito territorial donde ejercen soberanía. Este sistema descentralizado de autogobierno, según sus seguidores, ofrece un alto grado de eficacia. Estaríamos en presencia de una nueva *lex mercatoria*, noción sobre la que volveremos más adelante.

Para otros, en cambio, Internet y las nuevas tecnologías son simplemente un nuevo medio de comunicación y en consecuencia, no habría obstáculo alguno para que los Estados intervengan a través de sus potestades de control y regulación. En efecto, desde una posición extrema, todos los Estados tendrían jurisdicción sobre las actividades que se desenvuelven por las redes, ya que desde cualquier lugar del mundo, se puede tener contacto con aquéllas.

Desde una postura más moderada, se puede sostener que los cibernautas requieren certidumbre y previsibilidad para operar en el espacio virtual. Y esta seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado.

En pocas palabras, desde la perspectiva que compartimos, el ciberespacio no es un compartimiento estanco, ajeno a las reglas del Derecho, a las tradiciones, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real.[2]

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas, abordaremos en esta oportunidad una delicada cuestión como es la resolución de controversias en materia de comercio electrónico a través del denominado arbitraje electrónico, arbitraje on line, arbitraje telemático o ciberarbitraje, a la luz del derecho argentino de fuente interna y convencional en la materia.

II. LAS CONTROVERSIAS ELECTRÓNICAS O CIBERCONTROVERSIAS

Existen dos tipos de controversias que pueden ser sometidas a mecanismos ODR (Online Dispute Resolution), y en particular a arbitrajes virtuales: aquellas que surgen en el “mundo real” y las que se originen dentro del mismo espacio cibernético, a las que podemos denominar “ciberdisputas” o “cibercontroversias”.

Las disputas que surgen en el comercio electrónico tienen algunas particularidades vinculadas a: 1) la tecnología utilizada, a la cual los jueces y árbitros se enfrentan como a un universo desconocido; 2) el carácter generalmente internacional de las transacciones electrónicas, 3) la falta de una acabada adaptación de las reglas clásicas del derecho internacional privado en materia contractual y delictual; 4) la mayoría de las contrataciones involucran montos bajos, que no justifican gastos excesivos como puede implicar recurrir a la justicia, con patrocinio letrado; 5) las leyes y las convenciones internacionales carecen de normas idóneas para resolver este tipo de controversias.[3]

---

[2] Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

[3] Cfr. CAPRIOLI, Eric, “Arbitrage et médiation dans le Commerce électronique (L'expérience du "CyberTribunal")” en *Revue de l'arbitrage* N°2, 1999, p. 225-248. También disponible en: http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/commerce_electroniq/edocs_ecom merce _cybertribunal.htm

Más allá de estas peculiaridades, no siempre es sencillo diferenciar una disputa común, del mundo real, de una ciberdisputa. Estas últimas para ser tales, deberán tener una conexión significativa con la actividad propia de Internet.[4] Hacer esta distinción no es un tema menor ya que para un sector importante de la doctrina no resultaría lógico ni deseable sustraer de la jurisdicción estatal o del arbitraje comercial clásico todo caso que meramente toque o se relacione con Internet.[5]

III. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL CIBERESPACIO

La denominada jurisdicción internacional[6] es una noción comprensiva de varios aspectos:

1) El poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida (jurisdicción directa).
2) La prórroga de jurisdicción, ya sea a favor de tribunales judiciales o arbitrales.
3) El poder de un tribunal extranjero de producir un fallo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en otros (jurisdicción indirecta).

Es fácil advertir que la primera tentación que tendrá un juez ante una controversia surgida en el ciberespacio que le es sometida es declararse competente, no en virtud de las reglas de derecho internacional privado aplicables sino en todo caso, mientras el sitio al que se vincula el conflicto resulta accesible desde el territorio del foro. Asistiríamos así, a una suerte de competencia universal. Siguiendo esta misma tentación, es muy probable que ese juez aplique sin más la ley local, apegándose a un criterio territorialista que no se condice con las características transnacionales del fenómeno que estamos estudiando. Así, en aplicación de este principio de territorialidad, un juez podría impedir el acceso desde su territorio a sitios *web* determinados, considerados nocivos o ilegales, aún cuando esas actividades traspasen las fronteras de su Estado. Por otra parte, esta sencilla solución esconde un riesgo importante: el tan temido *forum shopping*, ya que el actor podría elegir discrecionalmente el juez competente.[7]

En efecto, Internet permite que las partes entablen relaciones jurídicas sin conocerse y sin siquiera saber dónde se hallan ubicadas territorialmente. Es decir, conocen sus respectivas direcciones virtuales, que pueden o no estar de algún modo u otro vinculadas a jurisdicciones reales, físicas.

Ahora bien, en el ciberespacio las partes de un contrato pueden tener un domicilio virtual, es decir,

---

[4] Cfr. BRENNA, Ramón G., “Espacio virtual sin ubicación ni ley”, en *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional,* ALTMARK, Daniel (dir.) y BIELSA, Rafael (coord. Académico), volumen 7. Comercio electrónico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 44.

[5] Véase por ejemplo, OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.

[6] Para un desarrollo in extenso de este tema véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Jurisdicción internacional en materia contractual*, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

[7] Cfr. FAUVARQUE - COSSON, "Le droit international privé classique à l´épreuve des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar de establecimiento físico. Entonces, cabe preguntarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente.[8]

Debe tenerse presente que la elección de este criterio tiene el grave riesgo de que el deudor desplace muy rápidamente su dirección virtual para evadir la acción de la justicia. Mientras el domicilio real es un criterio relativamente estable de localización, su par virtual puede resultar extremadamente fugaz.[9] En virtud de ello, algunos marcos normativos como la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005) diferencia claramente, el domicilio virtual del real.

La localización del domicilio real, sin dudas, se facilita cuando en el sitio *web* se indica la dirección física del establecimiento. La dificultad que presenta la identificación y la localización de los co - contratantes ha intentado ser superada a través de ciertas presunciones y de la información que los propios interesados pueden transmitirse. Sin embargo, tal como se advirtió en las reuniones de Ottawa de 2000 celebradas en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, atenerse a las declaraciones de las partes puede resultar inconveniente, en particular, debido a los potenciales abusos a los que puede dar lugar.[10]

Por otra parte, cabe recordar que en Estados Unidos la jurisprudencia ha elaborado el concepto de "purposeful availment" o "aprovechamiento buscado" a fin de evitar que ciertos "long-arm statutes" (estatutos de largo alcance) transgredan la Quinta Enmienda de la Constitución, que consagra el Debido Proceso, al establecer jurisdicción personal específica mediante la existencia de "contactos mínimos" con el Estado del foro. Las pautas para establecer estos “contactos mínimos” han sido creadas por los propios tribunales: 1) que el demandado no residente debe haber obtenido beneficios derivados de una relación interactiva con residentes del Estado del foro, 2) que la pretensión articulada debe surgir de las actividades del demandado en el Estado donde se inició la demanda, 3) que el ejercicio de la jurisdicción personal no atente contra las nociones tradicionales de equidad y justicia, 4) que un demandado no residente puede ser sometido sea a la "jurisdicción general" (cuando el demandado ha desarrollado actividades de forma continua y habitual) o a la "jurisdicción específica" (cuando el demandado tiene uno o más contactos con el Estado y dichos contactos han dado lugar a la pretensión articulada en la demanda), 5) que para decidir se debe distinguir si el demandado se ampara en los beneficios del Estado del foro,

---

[8] Un tratamiento in extenso puede verse en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.

[9] Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, p. 7.

[10] Cfr Documento Preliminar Nº 12 de agosto de 2000. Informe de trabajo redactado por Catherine Kessedjian con la colaboración del equipo de derecho internacional privado del Ministerio de Justicia de Canadá: “Commerce électronique et compétence jurisdictionnelle internationale (Ottawa, 28 février au 1er mars 2000)”. Disponible en www.hcch.net

centrando el análisis en la distinción entre sitios interactivos o pasivos.[11]

En lo que respecta a nuestro país, en definitiva, será necesario evaluar seriamente si las normas del derecho internacional privado argentino en materia de jurisdicción internacional se adaptan a los requerimientos y a las particularidades del mundo virtual.

Comenzaremos a analizar a partir del próximo acápite el tema central que no ocupa: el arbitraje electrónico o ciberarbitraje.

IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL E INTERNET: ARBITRAJE ON LINE, ARBITRAJE ELECTRÓNICO O CIBERARBITRAJE

La cláusula de elección de foro en la contratación electrónica puede resultar un mecanismo de gran utilidad para las partes ya que les permitirá disipar la incertidumbre que les produce desconocer el juez competente en caso de que surja una controversia entre ellas.

Los contratantes, en cambio de prorrogar la jurisdicción a favor de tribunales judiciales, pueden optar por resolver sus controversias a través del arbitraje comercial internacional. Para ello, celebrarán una cláusula arbitral, cuya validez dependerá en última instancia de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

En materia de comercio electrónico, se promueve el recurso a medios alternativos de resolución de controversias. En este sentido, la Directiva de la UE 2000/31/CE sobre el comercio electrónico en su artículo 17 dispone “Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas...” En similar inteligencia, se pronunció la OCDE en las “guidelines”, anexas a la *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su documento “Policy Statement on Jurisdiction and Applicable Law in Electronic Commerce”, publicado el 6 de junio de 2001.

Ahora bien, la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en una doble posibilidad: el arbitraje tradicional y el denominado ciberarbitraje o arbitraje *on line*.

En efecto, el arbitraje electrónico, también denominado arbitraje telemático, multimedia, on line o virtual es uno de los mecanismos ODR (Online Dispute Resolution), que permite superar los límites geográficos, permitiendo que las partes resuelvan sus controversias a distancia.

Sin embargo, estos ciberarbitrajes plantean una serie de interrogantes ya que tanto las legislaciones nacionales, como las convenciones internacionales y los Reglamentos de prestigiosas instituciones arbitrales no suelen prever normas fácilmente adaptables a los

[11] Véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 217.

procedimientos en línea.[12]

En consecuencia, es necesario que nos preguntemos:

- ¿El arbitraje es un mecanismo idóneo para la resolución de controversias vinculadas a los contratos electrónicos?,
- ¿Internet puede ser un medio apto para la solución de las "ciberdisputas" a través de una suerte de "cibertribunal" arbitral?.
- ¿El arbitraje en línea podría reemplazar sin más a las jurisdicciones estatales?
- ¿Hasta qué punto una de las partes podría obligar a su contraparte a recurrir a un ciberarbitraje?
- ¿Un ciberárbitro podría acaso ejecutar una medida cautelar, podría proceder a la ejecución forzada de la sentencia arbitral o laudo?
- ¿Toda controversia surgida en el ciberespacio podría ser sometida de común acuerdo por las partes a un cibertribunal?.
- ¿Un laudo emanado de un tribunal arbitral virtual seria reconocido y ejecutado por tribunales judiciales nacionales?

Intentaremos responder estos interrogantes desde la perspectiva del derecho argentino vigente, sin desconocer las nuevas tendencias.

Como aclaración previa, cabe destacar que no existe en nuestro país legislación específica sobre comercio electrónico ni sobre arbitraje on line. Sobre este último aspecto, ya en 2004, en el IV Encuentro Nacional de Árbitros (Comisión N° 1) recomendó: "...Es necesario que, en un futuro no lejano, se dicten disposiciones específicas para administrar procedimientos de arbitraje virtuales que sirvan de modelo para lograr un adecuado marco legal en nuestro país, en consonancia con el resto de legislación mundial sobre arbitraje."[13]

V. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE ELECTRÓNICO

La doctrina se ha encargado tanto de destacar beneficios del arbitraje on line como de señalar sus desventajas. Veamos.

Entre las ventajas que brindan los mecanismos alternativos de resolución de controversias on line (ODR), y en particular el arbitraje electrónico, podemos mencionar:

- La existencia y eficacia de los ODR contribuye al aumento del comercio electrónico.
- Cuando los montos reclamados son exiguos, los bajos costos del arbitraje on line permiten a los cibernautas, y en especial a los ciberconsumidores plantear sus reclamos y hacer valer sus derechos en el espacio virtual.

[12] Las peculiaridades del arbitraje *on line* ha impulsado a prestigiosas instituciones como la American Arbitration Association (AAA) a elaborar reglas suplementarias para esta particular modalidad del arbitraje. Véase Supplementary Procedures for Online Arbitration (Julio de 2001), disponibles en: http://www.adr.org/rules/commercial/online_arbitration.html

[13] Cfr. http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA_Doct/archDoctri/IVENArb.htm

- Eliminan los gastos e incomodidades de los traslados, ya que se puede participar activamente como actor o demandado a distancia, cruzando las fronteras estatales, sin trasladarse físicamente.
- Son seguros y confidenciales ya que la tecnología brinda diversos mecanismos de seguridad, como la encriptación de datos, la firma digital, entre otros.
- Evitan los inconvenientes del "face to face", la mala interpretación de expresiones faciales o gestos corporales, el lenguaje amenazador, los actos violentos, que ocasionan animosidad en los contrincantes y pueden llevar a una escalada del conflicto. La distancia entre ellos, muchas veces, puede ser necesaria para el éxito en la búsqueda de la mejor solución.
- Son mecanismos flexibles, rápidos y efectivos que se adaptan a las particularidades y naturaleza del ciberespacio.
- Proveen la especialización y la *expertise* que requieren muchas disputas para ser analizadas, comprendidas, y solucionadas.

A su turno, entre las desventajas que se suelen mencionar tenemos:

- La inexistencia de reglas y principios claros en la materia.
- La existencia de barreras lingüísticas.
- La falta de transparencia y de credibilidad de los sitios web que brindan estos servicios.
- Los costos muchas veces desproporcionados respecto del valor de las transacciones en juego.
- La falta de seguridades en el intercambio de documentación confidencial.
- La falta de la comunicación verbal, del lenguaje del cuerpo, de los sonidos, que en muchas ocasiones contribuyen a alcanzar una solución del diferendo.
- La poca familiaridad de muchos consumidores con estos métodos e incluso la falta de acceso de porciones importantes de la humanidad.[14]

VI. CENTROS DE ARBITRAJE ON LINE

Existen múltiples centros o instituciones de arbitraje on line, con diversos alcances. Entre ellos podemos mencionar: "Online Ombuds Office " creado en 1996 por iniciativa de la universidad de Massachussets[15]; el proyecto del "*CyberTribunal* ", lanzado en 1998 por el Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Facultad de Derecho de l'Université de Montreal[16], el "Proyecto Magistrado Virtual", en Pittsburgh, auspiciado por el National Center for Automated Information

[14] Ver entre otros: FARAH, Youseph, "Critical analysis of online dispute resolutions: the optimist, the realist and the bewildered", en *Computer and Telecommunications Law Review,* 2005; WAHAB, Mohamed, "Globalisation and ODR: dynamics of change in e-commerce dispute settlement", en *International Journal of Law and Information Technology*, Spring, 2004.
[15] www.ombuds.org
[16] http://www.cybertribunal.org

Research, la American Arbitration Asociation y el Villanova Center for information law and policy[17], la Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) de la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), el National Arbitration Forum, E-resolution[18], CPR Institute for Dispute Resolution, la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), Cibertribunal peruano, Asociación Española de Arbitraje Tecnológico (ARBITEC), CyberCMAP (Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris),[19] Internet Arbitrator[20]; Global Arbitration and Mediation Association (G.A.M.A.)[21]; Better Business Bureau Online, CyberSettle, iCourthouse, Internet Ombudsman, Mediation Arbitration Resolution Services, Résolution électronique des disputes commerciales (ECODIR), Resolution Forum, European Advertising Standards Alliance (EASA), SettlementOnline, The Claim Room, Webmediate.com, el Centro de Arbitraje en línea auspiciado por la Cavecom-e (Cámara Venezolana de Comercio Electrónico). [22]

Veamos las características principales de algunos de estos centros.

En Canadá en septiembre de 1996 el Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal lanzó el ***Cybertribunal*** para la resolución de disputas on line que desapareció en diciembre de 1999 al integrarse *eResolution*, una iniciativa experimental de resolución on line de disputas sobre nombres de dominio, que también cesó sus operaciones en diciembre de 2001. El CyberTribunal estaba destinado a las controversias calificadas como "cibernéticas", en los siguientes dominios: derecho de autor, marcas de comercio, comercio electrónico, competencia, libertad de expresión, intimidad y otros ámbitos siempre que no sean cuestiones de orden público.

Las partes podían recurrir a este arbitraje ya sea a través de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral.

El procedimiento se realizaba enteramente on line, a través de medios electrónicos, acelerando el proceso y disminuyendo los costos. Los intercambios de documentos, y demás informaciones se realizaban por correo electrónico o en un "chat room". El árbitro disponía de formularios electrónicos de todos los actos procesales.

El Tribunal debía utilizar los servicios de una autoridad de certificación para identificar a las partes cuando ellas transmitían mensajes, así como las piezas procesales.

A fin de someter una cuestión al CyberTribunal, el reclamante debía completar un formulario electrónico que se hallaba en el sitio de internet y elegir un password personal.

El procedimiento era totalmente gratuito, sin ser necesaria la intervención de abogados.

Las partes no podían elegir el árbitro, sino que lo nombraba la Secretaria del CyberTribunal. Sin embargo, podían recusarlos por falta de independencia o de imparcialidad. Los árbitros no

[17] http://vmag.law.vill.edu:8080/
[18] http://www.eresolution.ca
[19] http://www.cmap.asso.fr
[20] http://www.angelfire.com/free/arbitrate.html
[21] http://www.gama.com
[22] Para el desarrollo de alguno de estos centros de ciberarbitraje puede consultarse BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

necesariamente debían ser abogados, pero todos debían estar especializados en las nuevas tecnologías de la información.

A fin de establecer la sede del arbitraje, se recurría al "site de l´affaire en cours", una sede totalmente virtual.

En materia de derecho aplicable al fondo, las partes tenían la libertad de elegirlo, y a falta de elección, el árbitro podía elegir "el derecho nacional con el que el conflicto tiene los vínculos más estrechos". Sin embargo, "en todos los casos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta el contrato y los usos que tienen curso en el Ciberespacio". Por otra parte, cuando se encontraba involucrado un consumidor el artículo 17, párrafo tercero del Procedimiento General se pronunciaba a favor de la ley del domicilio del consumidor.

En Estados Unidos, el **"Magistrado Virtual",** auspiciado por el National Center for Automated Information Research, la American Arbitration Asociation y la Villanova Law School, es un Centro de arbitraje on line creado en 1996 y destinado al arreglo de litigios relativos a la utilización de la red, con exclusión de aquellos concernientes al comercio electrónico. Los árbitros deben pronunciar su laudo en las setenta y dos horas, contadas a partir de la presentación de la demanda y deben fundarse en derecho, equidad y *netiquette*. Entre las sanciones previstas, se encuentra la expulsión del ciberespacio.

Otra experiencia interesante es la de **ARBITEC, la Asociación Española de Arbitraje Tecnológico**[23], constituida en 1989, que desde febrero de 1997 es el primer centro español de arbitraje que admite solicitudes a través de Internet, utilizando la red en todas las etapas del procedimiento.

Finalmente, el **Cibertribunal Peruano,** una asociación sin fines de lucro, constituida en Perú en noviembre de 1999 y debidamente inscripta[24], es un órgano de resolución de conflictos y controversias ocurridas en y por el uso de Internet, en materia de comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual (propiedad industrial, derechos de autor, conflictos entre nombres de dominio, etc.), actos de competencia desleal en la red, teletrabajo, publicidad y marketing en Internet, protección del consumidor, protección de la intimidad, responsabilidad civil y en todos aquellos temas en los que, a petición de parte nacional o extranjera, se solicite intervención, siempre que se trate de conflictos susceptibles de ser resueltos a través de medios alternativos de resolución de controversias, exclusivamente en el ciberespacio.

Fomenta la conciliación entre las partes y el arbitraje como la alternativa de resolución de conflictos, a través de correo electrónico, chat, videoconferencia y cualquier otro medio tecnológico disponible.

[23] http://www.onnet.es/arbitec//
[24] http://www.cibertribunalperuano.org/

El Cibertribunal Peruano atiende las 24 horas del día, incluso domingos y feriados y cuenta con abogados que son árbitros, conciliadores acreditados en el Ministerio de Justicia del Perú y expertos en derecho informático.

VII. OSTACULOS AL ARBITRAJE ELECTRÓNICO EN EL DERECHO ARGENTINO

Existen diversos obstáculos, limitaciones que se presentan desde el punto de vista jurídico al arbitraje on line.

En efecto, la doctrina se ha ocupado de enumerarlos. Al respecto, se sostiene que existen por los menos dos grupos: limites materiales, que se relacionan con cuestiones que no son arbitrables y límites formales, vinculados con la exigencia de forma escrita de algunos actos, tales como el convenio arbitral, la demanda, la contestación, la reconvención.[25]

Asimismo, en términos generales, las normas sobre arbitraje prevén instancias en el curso de proceso arbitral en las que las partes y sus representantes deben tener contacto físico, presencial con el tribunal arbitral.

Veremos en detalle las limitaciones más importantes que se presentan, y en particular desde la perspectiva del derecho argentino tanto de fuente interna como convencional.

VIII. VALIDEZ DEL ACUERDO O CONVENIO ARBITRAL

La forma escrita es comúnmente exigida por la gran mayoría de las legislaciones en materia de arbitraje, tanto en relación con el convenio arbitral, así como respecto del laudo y de otros documentos de importancia, como la recusación de un arbitro.

Cabe observar, asimismo, que aún en los casos en que tal requisito no es exigido, en la práctica casi todos los pactos se celebran por escrito o dicho de otro modo, los acuerdos verbales no tienen gran valor debido a que las normas relativas a la prueba son muy estrictas.[26]

No obstante, debemos advertir que formalismo no es antónimo de electrónico. Por ende, la exigencia formal de escritura puede ser sustituida por una formalidad electrónica, pues aunque prediquemos la libertad de prueba, ello no significa ausencia de prueba.[27]

En efecto, existen diversas soluciones posibles para adaptar la exigencia de forma escrita en el ciberespacio.

Desde una primera mirada, es posible adoptar una visión extensiva de la noción de escrito, es decir, se la asimila a la de documentos informatizados. Una segunda perspectiva se funda en

---

[25] Cfr. GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim y TRUDEL, Pierre, “Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal”, en *Revue Juridique Themis*, 1999

[26] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

[27] Cfr. GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim y TRUDEL, Pierre, “Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal”, en *Revue Juridique Themis*, 1999

consideraciones de índole histórica. En este sentido, se sostiene que las convenciones internacionales y las legislaciones estatales imponen la forma escrita porque cuando fueron elaboradas ese era el modo de comunicación habitual y no existían otros modos alternativos. De hecho, a partir de los años ochenta, las convenciones e instrumentos internacionales en general y en especial en materia de arbitraje han flexibilizado esta exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Finalmente, podemos mencionar una visión funcionalista, que nos lleva a interrogarnos si tal requisito formal es exigido "ad solemnitatem" o "ad probationem", es decir, si hace a la validez del convenio arbitral, o si simplemente es solicitado a efectos probatorios. [28]

Por otra parte, también será necesario considerar cuáles son las cuestiones arbitrables, es decir si el arbitraje *on line* es un recurso idóneo exclusivamente ante cibercontroversias, disputas surgidas de Internet o, si podría utilizarse para solucionar disputas comunes, tradicionales. En muchos casos, existen zonas grises, y como ya señalamos, resulta muy complejo diferenciarlas. Tal es el caso, por ejemplo, de contratos celebrados a través de medios electrónicos, pero ejecutados *off line*.[29]

Pasemos a analizar que nos dice el derecho argentino de fuente interna y convencional sobre estos aspectos relativos al convenio arbitral.

1. FUENTE INTERNA: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

En lo que concierne al derecho internacional privado argentino de fuente interna, el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de árbitros que actúen fuera de la República, siempre que: 1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional y 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, 4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

En relación con la forma del compromiso arbitral, el artículo 739 del Código Procesal nacional expresa que deberá formalizarse *por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa*, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento (el destacado nos pertenece).

2. FUENTE CONVENCIONAL

A. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 introduce la cuestión de la prórroga de jurisdicción en el artículo 56 en los siguientes términos: “... Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre

[28] *Ibidem.*

[29] Un análisis detallado del tema, puede verse en OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, p. 9 y ss.

que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales.
La voluntad del demandado debe expresarse *en forma positiva y no ficta*." (el destacado nos pertenece).

B. **Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975)**

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece en su artículo 1º: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil*. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex"* (el destacado nos pertenece).

C. **Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción contractual internacional (1994)**

Por su parte, en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual permite a los contratantes la prórroga a favor de tribunales arbitrales.
En efecto, el artículo 4 (Capítulo I: Elección de jurisdicción) dispone: "En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse *por escrito*, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.
Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales" (el destacado nos pertenece).
A su turno, el artículo 5 establece que: "El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio.
La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo.
En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo."[30]

D. Acuerdos de Arbitraje Comercial del MERCOSUR (1998)

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (artículo 6) dispone en cuanto a la forma del acuerdo arbitral que: "La convención arbitral deberá constar por escrito... *Las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o medio equivalente, deberán ser confirmadas por documento original,* sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco (el destacado nos pertenece). Éste dispone que si no se hubieren cumplido los requisitos de validez

[30]Según el artículo 7, en ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor:
a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato;
b) Los jueces del domicilio del demandado;
c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.

formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerara válida si cumpliere con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 literal b.

Asimismo establece que la validez formal de la convención arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración.

Y considera que la convención arbitral realizada entre ausentes se perfecciona en el momento y en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por el documento original.

Desde ya, anticipamos que desde nuestra mira el legislador del MERCOSUR al requerir la confirmación por documento original no oculta su celo, su desconfianza con relación a las innovaciones tecnológicas en la celebración de acuerdos arbitrales electrónicos. Ello puede erigirse en un serio obstáculo para los cibernautas, sobre todo si son operadores de negocios internacionales, que al obligarlos a recurrir a incómodas confirmaciones quizás se sientan inclinados a desistir del empleo de este medio de solución de disputas. Máxime cuando las partes que se deciden por el arbitraje es porque reconocen en él uno de sus principales beneficios: la pronta composición del litigio.

E) Convención de Nueva York en materia de Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958)

La célebre Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958,[31] ratificada por nuestro país, dispone en su artículo 2° que: "1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo *por escrito* conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. *La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".* (el destacado nos pertenece).[32]

Si bien la Convención de Nueva York es clara cuando exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, podría interpretarse, bajo el paraguas de la teoría de la equivalencia funcional, que tal

[31] El artículo 1.3 de la Convención de Nueva York de 1958 dispone: "En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el Artículo 10, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que solo aplicara la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno". La República Argentina al momento de ratificar formuló las dos reservas, la de comercialidad y la de reciprocidad. En relación con la primera, es necesario advertir que quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta convención, entre otras, las relaciones de consumo.

[32] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Una nueva mirada al Derecho Procesal Internacional en Materia de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales", en *Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor.*

formalidad quedaría salvada siempre que el medio electrónico elegido deje cabal constancia del acuerdo de partes mediante un registro perdurable del mismo. En este sentido, el "canje de cartas o telegramas" podría ser asimilado al intercambio de correos electrónicos o comunicaciones electrónicas semejantes. Por otra parte, no podemos olvidar que los medios de comunicación que expresamente menciona el texto convencional responden a la época en que fue redactado.

Asimismo, debemos tener presente que la CNUDMI, en su sesión celebrada en el mes de julio de 2006, aprobó una recomendación sobre de la interpretación de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, considerando que al llevar a cabo dicha interpretación debe de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, así como el asegurar la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional. Por ello, y teniendo en cuenta la existencia de ciertos instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la misma Comisión sobre Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; habida cuenta también de que en los últimos años se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige a) los acuerdos de arbitraje, b) los procedimientos arbitrales y c) la ejecución de las sentencias arbitrales, mismas que han dado origen a una amplia jurisprudencia, recomienda: a) que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, y b) que el párrafo 1) del artículo VII de la citada Convención, se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo.

Como conclusión preliminar podemos afirmar que, a la luz de las normas vigentes en nuestro país, el requisito de la exteriorización por escrito de la cláusula de prórroga de jurisdicción plantea un problema serio en materia de contratación electrónica. No obstante, este obstáculo ha sido fácilmente superado, como mencionamos y veremos en mayor detalle más adelante, por otros ordenamientos.

IX. NOTIFICACIONES

Generalmente, en los procesos judiciales y arbitrales se exigen las notificaciones por escrito de ciertos actos procesales.

Así, por ejemplo, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional alude en su artículo 3 a la recepción de comunicaciones "escritas".

Sin embargo, ya el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de 1998 establece en su artículo 3 que "las notificaciones o las comunicaciones pueden efectuarse, por carta, correo o por cualquier otro medio de telecomunicación". Encontramos idéntica disposición en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

En igual sentido, la ley española de arbitraje, N° 60/2003 del 23 de diciembre de 2003, al igual que su predecesora, de 1988, entiende cumplido el requisito de la constancia escrita de las notificaciones siempre que consten y sean accesibles para su consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 9).

Desde ya, debemos señalar que es necesario en todo caso asegurar la autenticidad de las comunicaciones electrónicas, así como la integridad del mensaje, su confidencialidad y la certeza de la fecha en que son efectuadas.

X. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS ARBITRAJES ELECTRÓNICOS. LA LEX ELECTRONICA

Desde otro punto de vista, en el caso de optar por un ciberarbitraje, los operadores del comercio electrónico deberán tener en cuenta cuáles son los riesgos cuando ellas no han elegido ley aplicable. En tal supuesto los ciberárbitros podrían aplicar ya no la *lex mercatoria*, sino la aún más difusa e incierta *lex electronica*, a la nos hemos referido anteriormente. Ello, por otra parte, conlleva otro peligro fundamental a la hora del reconocimiento y ejecución extraterritorial del ciberlaudo. Así, se llegaría a una absoluta desnacionalización, deslocalización del arbitraje, lo que nos conduce a un temible arbitraje sin ley, incompatible con las legislaciones nacionales e internacionales vigentes.

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

La consagración de la *lex informatica* o *electronica* nos estaría indicando que cada tipo de sociedad debe ser gobernada por sus propias reglas. Estaríamos ante una suerte de sociedad internáutica con aptitud para generar usos, prácticas, costumbres que conformarían las *denominadas lex informatica, networkia, lex electronica, ciberderecho o cyberlaw.*[33]

Debemos preguntarnos a esta altura si los árbitros podrían aplicar los principios de la *lex electronica* aún cuando las partes no hayan pactado expresamente su aplicación al contrato celebrado. O bien, si en todo caso, los tribunales arbitrales deberían restringir, limitar el empleo de

[33] Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., en "La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser", en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

la *lex electronica* solamente a aquellos supuestos en los que las partes la hayan elegido en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Cabe plantearnos si la elección del cyberlaw podría ser eventualmente aceptada en el marco de las convenciones vigentes en materia de arbitraje internacional.

En este sentido, por ejemplo, debemos recordar que el artículo 10 (Derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral) del Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur dispone que "Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al *derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional*. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes." En este aspecto podría válidamente interpretarse, y así lo pensamos que esta disposición al establecer la aplicación del derecho internacional privado está reconduciendo a los derechos estaduales y simétricamente denostando a la lex mercatoria.

Por su parte la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en su artículo 28 (Normas aplicables al fondo del litigio) establece: "1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las *normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables...*4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso." (el destacado es nuestro).

XI. MEDIOS PROBATORIOS

La tecnología brinda diversas aplicaciones tales como la videoconferencia que permite realizar reuniones y audiencias virtuales, y la reproducción de ciertos hechos a través de procedimientos de realidad virtual.

Generalmente, en los procedimientos arbitrales se promueve un criterio de amplitud y de flexibilidad en materia de medios probatorios. Así lo estipula por ejemplo el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Sin embargo, en relación a las audiencias, el artículo 21 de dicho Reglamento, en sintonía con lo dispuesto en otras normas nacionales e internacionales en la materia, establece que todas las partes tienen derecho *a estar presentes* en ellas y deben *comparecer en persona o mediante representante*. Aquí se presenta otra importante incompatibilidad con los procedimientos arbitrales on line.

XII. LA SEDE EN LOS ARBITRAJES ELECTRÓNICOS

Asimismo, en un ciberarbitraje cabe preguntarnos cómo podremos identificar la sede en Internet. Y este no es un interrogante menor si tenemos en cuenta que la sede del arbitraje será de suma

importancia para la determinación del derecho procesal aplicable, en caso de que las partes no hayan pactado nada al respecto; o a fin de ejecutar algún tipo de medida cautelar o provisional, así como al momento de solicitar el reconocimiento o la ejecución de laudo.[34]

Diversos instrumentos internacionales en materia de arbitraje aluden a la sede del arbitraje, en referencia a un lugar físico, situado en un Estado. Así, a modo de ejemplo, recordemos el artículo 7.2 del Acuerdo de Arbitraje Comercial del Mercosur según el cual la validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el derecho del Estado Parte sede del tribunal arbitral.

Cierto es que se puede distinguir dos nociones de sede. Una de ellas, material, se refiere al lugar donde se llevan a cabo efectivamente los actos procesales fundamentales, como las audiencias, o la firma del laudo. La otra, jurídica, designa el lugar elegido por las partes como la sede del arbitraje. Si bien en general coinciden, excepcionalmente pueden localizarse en lugares, incluso Estados distintos. En este sentido, la Corte de Apelación de París sostiene que: "la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica... bajo la dependencia de la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar en donde la audiencia se tuvo o el lugar efectivo de la rúbrica de la sentencia".[35]

Esta misma distinción tiene en consideración la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 cuando en el artículo 20 dispone que aún cuando las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje y en caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral lo determinará, éste podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

En los que respecta estrictamente a los arbitrajes virtuales, Graham afirma que existen dos hipótesis para establecer el lugar de sede: es fijada en un territorio estatal (sede territorial ficticia) aunque el arbitraje se desarrolle en un espacio virtual, o bien la sede se sitúa en un ambiente también cibernético (sede virtual deslocalizada). En el primer caso, sería recomendable que en el acuerdo arbitral las partes seleccionen una sede ficticia en el territorio de un Estado. En el segundo supuesto, de acuerdo al autor, sería necesario interpretar la Convención de Nueva York en el sentido que todos los Estados parte reconocerían una sentencia virtual. Sin embargo, en el caso de los países que ratificaron la convención bajo reserva de reciprocidad, como nuestro país, las sentencias arbitrales plenamente deslocalizadas no podrían ser ejecutadas puesto que no fueron dictadas en un Estado ratificante.[36]

Otra solución posible sería la de identificar la sede del arbitraje con la del organismo o centro que

---

[34] Véase, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "Los beneficios del arbitraje comercial internacional". Disponible en http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/beneficios_arbitraje_comercial_internacional.html.

[35] "Soc. Procédés de fabrication pour le béton c. Libye", del 28 de octubre de 1997.

[36] Cf.r. GRAHAM, James, "La deslocalización del arbitraje virtual", en *Revista de Derecho Informático* Nº 040 - Noviembre del 2001, Ed. Alfa-Redi. Disponible en http://www.alfa-redi.org/

lleve a cabo el procedimiento arbitral, aunque esta no resulte siempre una solución satisfactoria.[37]

XIII. RECONOCIMIENTO E EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

El carácter internacional de un número relevante de litigios surgidos en el ciberespacio genera con frecuencia la necesidad en última instancia de hacer reconocer o ejecutar una decisión judicial o arbitral en el extranjero.

Las normas de derecho internacional privado de fuente interna así como las convenciones internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales exigen requisitos de diversa índole que no siempre responden a la realidad del ciberespacio.

Así, tanto el ordenamiento nacional como los tratados internacionales vigentes exigen entre otras condiciones para el reconocimiento o la ejecución de una decisión extranjera, que ésta no sea contraria al orden público internacional del Estado requerido.

En este sentido, suele darse el ejemplo del diverso tratamiento y valoración que los Estados conceden a la libertad de expresión. Así, en Estados Unidos, a la luz de la Primera Enmienda de la Constitución, los jueces locales suelen rechazar el reconocimiento y ejecución de aquellas decisiones que limitan esa libertad condenando por difamación o por ciertos contenidos ilícitos.[38]

Esta situación se puso de manifiesto precisamente en el caso "Yahoo!" en el que, recordemos, un juez francés ordenó a la sociedad Yahoo Inc. a colocar un dispositivo que filtrara ciertas páginas *web* a fin de impedir que los internautas franceses tuvieran acceso a un contenido ilícito accesible a través del portal. Por su parte, le fue solicitado el reconocimiento y la ejecución de dicha sentencia francesa a un tribunal de California, el que rechazó la solicitud fundado en que esa decisión violaba manifiestamente su orden público, exteriorizado, en este caso, en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Por otra parte, tanto las normas de fuente interna como convencional, a los fines del reconocimiento o la ejecución de una sentencia o laudo extranjero, solicitan una serie de condiciones externas o requisitos formales, como la presentación de documentación por escrito, legalizada y traducida, incompatibles con la desmaterialización propia de las nuevas tecnologías. Sin embargo, no olvidamos que estas formalidades podrían ser superadas si recurrimos al criterio de equivalencia funcional.

Asimismo, las disposiciones pertinentes en materia de jurisdicción indirecta requieren que las decisiones judiciales o laudos arbitrales emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional. No obstante,

---

[37] Cfr. DRAETTA, Ugo, "Internet et Commerce Électronique en Droit International des Affaires", en *Recueil des Cours*, Tomo 314, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2005, p. 225.

[38] FÉRAL - SCHUHL, Christiane, "La mise en application des décisions de justice", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

no existen criterios uniformemente aceptados en lo que respecta a la determinación del juez competente en materia de contratos electrónicos de índole internacional. Esta incertidumbre, entonces, dificulta en gran medida el posterior reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera.

Otro obstáculo presenta, en algunas ocasiones, el requisito según el cual la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión debe haber sido debidamente citada y se debe haber garantizado el ejercicio de su derecho de defensa. En este sentido, podríamos preguntarnos si calificaríamos como una citación que cumple con las pautas mínimas del debido proceso a una notificación realizada *on line* en un ciberarbitraje. O bien si una audiencia llevada a cabo en el espacio virtual, sin la presencia física de las partes ni del árbitro, garantizan el derecho de defensa.

Ahora observemos lo que dispone el derecho argentino sobre esta cuestión.

1. **FUENTE INTERNA: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

El artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que: "Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

> 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, *emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional* y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.
>
> 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia *hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.*
>
> 3) Que la sentencia reúna los *requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.*
>
> 4) Que la sentencia *no afecte los principios de orden público del derecho argentino.*
>
> 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino." (el destacado es nuestro)

A su turno el artículo 518 establece que "La ejecución de la sentencia dictada por un tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando *su testimonio legalizado y traducido y de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos*, si no resultaren de la sentencia misma..." (el destacado es nuestro)

Finalmente, según el artículo 519 bis, dedicado específicamente a laudos de tribunales arbitrales extranjeros, "los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que: 1) Se cumplieren los

recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1. 2) Las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el artículo 737."

2. FUENTE CONVENCIONAL

A. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

El artículo 5º del Tratado de Montevideo de 1889 de Derecho Procesal Internacional establece que "Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes:

a) Que la sentencia o fallo *haya sido expedido por tribunal competente en la esfera internacional;*

b) Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido;

c) Que la parte contra quien se ha dictado *haya sido legalmente citada* y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio.

d) Que *no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución*. (el destacado nos pertenece)

Y según el artículo 6, "los *documentos indispensables* para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales, son los siguientes: a) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral; b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas; c) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

Los artículos 5 y 6 del Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Procesal Internacional reproducen casi textualmente a los del Tratado de 1889.

B. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975) y Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979)

Según el artículo 4, "Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales

ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales."

Y el artículo 5 establece que: "1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto*, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia;* o

b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral *no haya sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;* o

c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral *no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje*; o

e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia *sean contrarios al orden publico del mismo Estado.* (el destacado es nuestro)

A su turno, según el artículo 1° de la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, "Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975."

C. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional de Las Leñas (1992)

El capitulo V del Protocolo de Las Leñas regula el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa y en relación con las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (artículo 18).

El artículo 20 enumera las condiciones que deben reunir las sentencias y laudos arbitrales para tener eficacia extraterritorial en los Estados Partes:

"a) que vengan revestidos de las *formalidades externas* necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, *estén debidamente traducidos* al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución;

c) *que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente*, *según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional;*

d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la *decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa*;

e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada;

f) *que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución.*

Los requisitos de los incisos a), c), d), e) y f) deben surgir *del testimonio de la sentencia o laudo arbitral*." (el destacado nos pertenece)

Según el artículo 21, la parte que en un juicio invoque una sentencia o un laudo arbitral de alguno de los Estados Partes, deberá acompañar *un testimonio de la sentencia o laudo arbitral* con los requisitos del artículo 20

El artículo 23, al igual que la CIDIP II, admite la eficacia parcial de las sentencias y laudos extranjeros.

D. Acuerdos de Arbitraje Comercial del MERCOSUR (1998)

El artículo 23 establece que para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjeros se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común Nº 5/92, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979. Por lo tanto, nos remitimos a los expuesto sobre estas convenciones.

E. Convención de Nueva York en materia de Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958)

El artículo IV expresa que: "1. Para obtener el reconocimiento... la parte que pida el reconocimiento y la ejecución *deberá presentar, junto con la demanda*:

a) *El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas pare su autenticidad*:

b) *El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas pare su autenticidad..."*

El artículo V indica que "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, *en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia;* o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral *no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o*

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral *no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia *serían contrarios al orden público de ese país."* (el destacado es nuestro)

Asimismo, cabe recordar que según el artículo VII las disposiciones de esta Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una

sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

En suma, la aplicación de muchas de las disposiciones del derecho argentino mencionadas llevarían a un juez local a negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo emanado de un tribunal arbitral on line.

XIV. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

1. LA LEY MODELO UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (con su última revisión)

La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en el artículo 7.2 prevé que: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u *otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (el subrayado nos pertenece).[39]

Ahora bien, el artículo 7.4 (opción I) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su versión revisada aprobada el 7 de julio de 2006 (834ª sesión)[40], expresa: "El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por ´comunicación electrónica´ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ´mensaje de datos´ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Por otro lado, es dable señalar que las Notas de UNCITRAL sobre la Organización del Procedimiento Arbitral, aprobadas en 1996, en el 29° período de sesiones de la Comisión, en Nueva York[41] ya contienen algunos aspectos aplicables a procedimientos de arbitraje a distancia.

---

[39] La CNUDMI está trabajando actualmente con el fin de elaborar un texto nuevo del artículo 7 de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional así como un instrumento interpretativo del artículo 2º de la Convención de Nueva York de 1958.

[40] Los artículos de la Ley Modelo que fueron revisados por la CNUDMI en el primer semestre de 2006, están relacionados con la aplicación de las disposiciones de la Ley (articulo 1, párrafo 2; origen internacional y principios generales (artículo 2 bis); definición y forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7), medidas cautelares y órdenes preliminares (capítulo IV Bis) y reconocimiento y ejecución de laudos pronunciados en otro país (idioma en que fueron redactados) (articulo 35, párrafo 2).

[41] Estas Notas no son vinculantes ni para las partes ni para los árbitros. El Tribunal Arbitral podrá utilizarlas cuando lo considere conveniente.

Por ejemplo, se podrán utilizar medios electrónicos para la adopción de las decisiones relativas a la organización del proceso arbitral, o para intercambiar documentos.

2. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ON LINE EN LA UE

En un espacio integrado, en donde uno de los objetivos principales es la libre circulación de bienes y servicios, la armonización legislativa en materia de comercio electrónico y por ende de contratación electrónica resulta ser una tarea necesaria. Así lo entendió la Unión Europea (UE).

En efecto, el 8 de junio de 2000 la UE aprobó una Directiva relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información,[42] en especial el comercio electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento).

Respecto del tema que nos ocupa, dispone que los Estados Miembros deben velar para que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de controversias.[43]

Así, por ejemplo, la Ley de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico de España (Ley 34/2002, del 11 de julio de 2002), que transpone la Directiva de la UE mencionada en el derecho español, pone de manifiesto el uso del Arbitraje Electrónico o Virtual, y lo considera como el instrumento más adecuado para resolver los conflictos que surjan de las relaciones del comercio electrónico.

Por otra parte, el Consejo por resolución del 25 de mayo de 2000 solicitó a la Comisión Europea crear una red para la resolución on line de las controversias en materia de comercio electrónico denominada “European Extra-Judicial Network” (EEJ-NET), que funciona como un centro de intercambio de información para los consumidores, a fin de facilitar su acceso a los centros de resolución de controversias en los distintos Estados miembros de la UE.

Finalmente y también en el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (CE) Nº 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas)[44], si bien exige en su artículo 23.1 que el acuerdo atributivo de competencia conste por escrito o que exista una confirmación escrita de un acuerdo verbal, ha introducido un segundo apartado en la misma disposición, según el cual “se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por

[42] Según la norma comunitaria, "servicios de la sociedad de la información" es todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios, es decir, cualquier persona física o jurídica que utilice uno de estos servicios por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible.”

[43] Cfr. Artículo 17 (Solución extrajudicial de litigios).

[44] El Reglamento de Bruselas desde su entrada en vigor a partir del 1º de marzo de 2002 sustituyó al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, concluido en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968. El Reglamento está actualmente vigente en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, salvo en Dinamarca, ya que según los artículos 1° y 2° del Protocolo sobre la posición de este país, queda fuera de toda vinculación respecto de los instrumentos que se pudieran adoptar en relación con el Título IV de la Tercera parte del TCE.

medios electrónicos que proporcione un registro duradero".[45] Al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, el Reglamento adopta la llamada "teoría de la equivalencia funcional" en relación con el término "escrito".

XV. REFLEXIONES FINALES

- Nuestro sistema de derecho internacional privado de fuente interna debido al requisito de la exteriorización por escrito de la cláusula de prórroga de jurisdicción plantea un serio obstáculo en materia de contratación electrónica.
- Las tendencias actuales se mueven en un sentido más favorecedor tal como está receptado por la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (con su última revisión).
- El acuerdo de prórroga de jurisdicción en materia de arbitraje en el MERCOSUR al requerir la confirmación por documento original cuando ha sido celebrado por medios electrónicos, a la par que no oculta su celo, su desconfianza con relación a las innovaciones tecnológicas en la celebración de acuerdos arbitrales electrónicos, se opone a las tendencias contemporáneas en la materia.
- El reconocimiento y ejecución de laudos emanados de arbitrajes electrónicos tal como surge del análisis de los instrumentos jurídicos internacionales efectuado encontrarían otro nuevo obstáculo que podría llevar al juez local a negar su aceptación en el territorio de la República Argentina.
- Las personas y los cibernautas requieren certidumbre y previsibilidad para operar en el espacio virtual. Y esta seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado.
- De prosperar en la República Argentina la Reforma al sistema de Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna, sería de toda conveniencia incorporar reglas que asuman al comercio electrónico, la contratación electrónica, el arbitraje electrónico como manifestaciones que por su magnitud, su relevancia, su delicadeza, su aceptación por los operadores internacionales, no pueden permanecer ignoradas por un legislador que sepa mirar hacia el futuro.[46]

---

[45] De este modo, el Reglamento de Bruselas busca complementar la Directiva de la UE sobre comercio electrónico que en su artículo 9 dispone que "los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica".

[46] En oportunidad de dictaminar sobre el último Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado lamentamos que el legislador hubiera desaprovechado la oportunidad para incorporar algunas normas básicas destinadas a la regulación de los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos. Ver *Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado*, por Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica S. Rodriguez y Luciana B. Scotti. Presentado en junio de 2005. Disponible en

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 41, 2000.

BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

BERGÉ, Jean - Sylvestre, "La résolution des conflits de lois", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

BIOCCA, Stella Maris, CÁRDENAS, Sara, BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte general*. 2ª edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.

BRENNA, Ramón G., "Espacio virtual sin ubicación ni ley", en *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional,* ALTMARK, Daniel (dir.) y BIELSA, Rafael (coord. Académico), volumen 7. Comercio electrónico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001.

BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica", en ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. (coord.), *El comercio electrónico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001.

CANDELARIO MASÍAS, Isabel, "Breves apuntes sobre la formación del comercio electrónico", en *Âmbito Jurídico*, dez/98. Disponible en http://ambito-juridico.com.br/aj/int0002.htm.

"El Comercio Electrónico: estudio particular de la Directiva Europea 31/2000", disponible en http://www.e-iure.com/tec/links/espain/doctrina/htm.

CAPRIOLI, Eric, "Arbitrage et médiation dans le Commerce électronique (L'expérience du "CyberTribunal")" en Revue de l'arbitrage N°2, 1999, p. 225-248. También disponible en: http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/commerce _electroniq/edocs_ecommerce_cybertribunal.htm

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Nombres de Dominio, conflicto de leyes y normativa ICANN", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

---

www.casi.com.ar/institutos/ derecho_int_privado/dictamen_DIP.doc. Resumen publicado en *Revista Síntesis Forense* N° 116. Septiembre / Octubre 2005. Páginas 42/49.

COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.

DALL ´AGLIO, Edgardo Jorge, "Contratos concluidos por ordenador. Formación y exteriorización de la voluntad. Formación del contrato", en *Revista Jurídica La Ley Córdoba* 19-V-1990.

DRAETTA, Ugo, “Internet et Commerce Électronique en Droit International des Affaires”, en *Recueil des Cours*, Tomo 314, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2005

KATSH, Ethan, “Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace”, en *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006. Disponible en http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/katsh.htm

FARAH, Youseph, “Critical analysis of online dispute resolutions: the optimist, the realist and the bewildered”, en *Computer and Telecommunications Law Review,* 2005.

FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873.

"Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable", en *Revista Doctrina Judicial* 1999-3-654.

“España y una completa regulación para Internet (Sobre su proyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico)”, 2002, disponible en http://www.informatica-juridica.com/trabajos/

FAUVARQUE - COSSON, "Le droit international privé classique à l´épreuve des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.

Derecho Internacional Privado. Parte especial, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.

Contratos internacionales, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

Jurisdicción internacional en materia contractual, en Alterini, Atilio A. (dir.), *Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

"La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999.

“Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet”, en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

“La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

“Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

“Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

“El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.

“El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

“Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., “La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES),* ISSN N° 1514-9358, Volumen XI, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2007.

FÉRAL - SCHUHL, Christiane, "La mise en application des décisions de justice", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 5. Disponible en www.reei.org.

FERRER RAMÍREZ, Raquel, "El Comercio Electrónico y la Contratación B2B" en *Noticias de la Unión Europea,* N° 235/236, Agosto/Septiembre de 2004, Año XX, Bilbao, ps. 55 a 60.

GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.

"Contrato en Internet. Ley aplicable - Autonomía de la Voluntad", en *Revista Jurídica La Ley* 2000-C, 1053.

GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim y TRUDEL, Pierre, “Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal”, en

Revue Juridique Themis, 1999

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

GRAHAM, James, "La deslocalización del arbitraje virtual", en *Revista de Derecho Informático* Nº 040 - Noviembre del 2001, Ed. Alfa-Redi . Disponible en http://www.alfa-redi.org/

"El acuerdo arbitral virtual", en *Revista de Derecho Informático* Nº 041 Diciembre del 2001, Ed. Alfa-Redi . Disponible en Disponible en http://www.alfa-redi.org/

HUET, Jérôme, "Le droit applicable dans les réseaux numériques", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

JIJENA LEIVA, Renato, "Comercio electrónico y Derecho", en *Revista Electrónica de Derecho Informático,* N° 43, febrero de 2002. Disponible en www.vlex.com.

JOHNSON David R. y POST, David G., "And how should the Internet be governed?" disponible en http://www.cli.org/emdraft.html.

MALDONADO ELVIRA, Sergio, "Contratos Electrónicos Internacionales con el Consumidor: Jurisdicción Competente y Ley Aplicable", *en Revista Electrónica de Derecho Informático*, N° 12, julio de 1999. Disponible en www.vlex.com.

MARAIS, Bertrand du, "Auto régulation, régulation et co - régulation des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

MEDINA, Flavia, "La contratación por medios electrónicos y la compraventa internacional de mercaderías: ¿hay que revisar la reserva de Argentina al ratificar la Convención de Viena que impone la forma escrita?", en *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado,* 7, 8, y 9 de junio de 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales (CEDyCS), Buenos Aires, 2001.

MONCAYO von HASE, Andrés, "Litiges relatifs au commerce électronique et à l´arbitrage: obstacles juridiques et enjeux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Edición Actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1997.

NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-II, ps. 929 a 940.

OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.

"La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.

PALAZZI, Pablo, PEÑA, Julián, "Comercio Electrónico y Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 17, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, "Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004" en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, noviembre de 2005.

RAMOS SUÁREZ, Fernando, "Problemas jurídicos del Comercio electrónico", *en Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 2, septiembre de 1998, disponible en www.vlex.com.

SALERNO, Marcelo U., "Los contratos en el Mercado Virtual", el *Revista Jurídica La Ley* 1999-E, ps. 1127-1130

SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.

SIQUEIROS, José Luis, "La CNUDMI modifica su ley modelo sobre arbitraje comercial internacional", disponible en http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc

WAHAB, Mohamed, "Globalisation and ODR: dynamics of change in e-commerce dispute settlement", en *International Journal of Law and Information Technology*, Spring, 2004.

WEISMAN, Karina, "Internet y los contratos: la adecuación del derecho y de los abogados a este nuevo medio de contratación", en *Revista Doctrina Judicial* 2001-3-151.

WILSKE, Stephany SCHILLER, Teresa, "International jurisdiction in Cyberspace: Which States may regulate the Internet?, disponible en http://www.jmls.edu/cyber/index/juris1.html.

EL CIBERARBITRAJE: ¿MITO O REALIDAD?

Por Flavia A. Medina y Vera M. Báez Peña Wirth

I. INTRODUCCIÓN

Día a día, la importancia de Internet en todos los ámbitos de la vida moderna se incrementa en forma incesante. En el ámbito de la economía mundial el cambio también ha sido notable. Actualmente gran parte del comercio internacional se canaliza por esta vía. Como tantas otras veces, el derecho debe adaptarse a los cambios, tratando de evitar que lagunas normativas incrementen los conflictos.

La globalización coloca al derecho internacional privado en un rol fundamental a la hora de regular dichos cambios. Si bien el derecho no avanza al ritmo del comercio y de las nuevas tecnologías, mucho se ha hecho y se está haciendo en el mundo para brindar soluciones jurídicas a las nuevas situaciones, buscando la modernización del derecho comercial internacional.

Dentro de los problemas que acarrean estas innovaciones el relativo a la jurisdicción es uno de los más relevantes. Sin dudas, es vital para las partes contratantes en el ámbito internacional, conocer cual será el juez ante el cual habrán de plantear sus reclamos ante una eventual disputa.

Al hablar de comercio electrónico, las mayores dificultades son la identificación y localización de las partes. Este problema se potencia cuando analizamos soluciones de disputas on line, donde todo el procedimiento se lleva a cabo por Internet.

Si bien es cierto que las soluciones on line son más rápidas y menos costosas, se gana celeridad en detrimento de la seguridad jurídica. *"Los medios alternativos al Poder Judicial de solución de conflictos así como los nuevos problemas que trae consigo el uso de Internet son dos tópicos relativamente nuevos en la doctrina jurídica y ambos son realidades cotidianas cuya influencia crece en nuestras vidas."*[1]

A lo largo de este trabajo, analizaremos distintos aspectos del cyberarbitraje a fin de establecer si resulta una solución viable para los conflictos surgidos en el comercio electrónico, y si la normativa actualmente vigente es adecuada para regular esta moderna forma de solución de controversias.

II. EL CIBERARBITRAJE COMO SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PARA LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN INTERNET

Bien sabemos que en el campo de los negocios internacionales la prórroga de jurisdicción a favor de métodos alternativos de resolución de los conflictos tales como la negociación, la conciliación y el arbitraje son moneda corriente. No en vano es conocida la extensa labor en la materia

[1] MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. "El Cibertribunal Peruano como Medio Efectivo de Resolución de Conflictos". Revista Electrónica de Derecho Informático, mayo 2001

esgrimida desde ya hace varias décadas por los tribunales arbitrales y la Corte de Arbitraje de la CCI como así también de otros prestigiosos centros de arbitraje tanto nacionales como internacionales en lo que al arbitraje comercial internacional se refiere.

De acuerdo al propósito del presente trabajo, cabe plantearse el interrogante de si el arbitraje no resultaría ser el modo de resolución de conflictos más apropiado para conocer en las controversias surgidas entre partes de un contrato celebrado en internet.

A fin de arribar a una respuesta a nuestro interrogante debemos tomar en consideración las peculiaridades de la negociación vía internet. Al efecto no debemos dejar de soslayar que el comercio electrónico borra todo tipo de fronteras entre las partes protagonistas del negocio, dificultándose de ese modo la determinación del juez internacionalmente competente para conocer en una disputa derivada de un contrato celebrado por internet.

El mundo virtual nos lleva indefectiblemente a un problema bien concreto y difícil de resolver. Nos referimos a circunstancias tales como la ocasión en la que debemos demandar, por ejemplo, a un proveedor de mercaderías por incumplimiento contractual, cuya página "web" está en México sin tener, en efecto, la certeza de que tanto el titular de la página en cuestión es quien dice ser y si efectivamente el domicilio coincide con el denunciado.

Otro de los aspectos propios del comercio electrónico se refiere a la celeridad del negocio internacional. Los operadores del comercio internacional no esperan. No sólo la concreción del negocio debe desarrollarse en tiempos rápidos, sino también las diferencias y controversias derivadas del mismo deben ser atendidas y resueltas quizás de manera aún más ligera que la celebración del contrato en cuestión.

De ahí que, atendiendo a la problemática de la incertidumbre en cuanto a la real identidad y domicilio de los operadores del comercio internacional y la celeridad propia del comercio electrónico resulta remarcar que la problemática planteada requiere soluciones inmediatas.

Sobre el particular podemos mencionar que *"la utilización de la judicatura como órgano de resolución de conflictos en internet conllevaría a un intento por parte de los Estados, de atribuirse jurisdicción sobre áreas del ciberespacio para así hacer prevalecer su sistema normativo. Escoger al juez y la norma aplicable sería además otro problema que finalmente culminaría en uno mayor: un Poder Judicial cuya carga procesal del mundo real no podría permitirle el buen manejo de la carga procesal del mundo virtual".*[2]

Como posible solución a las problemáticas planteadas cabría mencionar al ciberarbitraje como aquel método más apropiado para resolver disputas surgidas a partir de los contratos celebrados en internet. Debemos mencionar que por ciberarbitraje, citando a autorizada doctrina entendemos a aquel *"...método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales"*[3], cuyo

[2] VELARDE KOECHLIN, Carmen. "Conciliación en el Ciberespaio: una propuesta para la resolución de conflictos en Internet" en "Materiales de enseñanza del Curso de Fedatarios Informáticos. Mayo-Dic.2000.

[3] FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBON, Hebe. "El arbitraje". Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., febrero 1998, pág. 12

proceso se lleva a cabo en el mundo virtual, desarrollándose el procedimiento arbitral mediante el envío de correos electrónicos debidamente encriptados y la celebración de sesiones de "chat" y video conferencias entre las partes en conflicto, los testigos y el tribunal arbitral.

Esta modalidad de ciberarbitraje no debe sorprendernos, en virtud de la gran cantidad de centros de arbitraje virtuales que ya están funcionando en el ciberespacio como es el caso de por ejemplo: "Eresolution", entre otros, quienes emiten laudos vinculantes a las partes, seguramente regidos por sus propios reglamentos y alentando la invocación de la lex mercatoria en la emisión de laudos arbitrales.

Ahora bien, en todo ciberarbitraje, conforme se afirmare anteriormente interviene un cibertribunal. A fin de precisar este concepto tomaremos como ejemplo a un centro de arbitraje virtual latinoamericano como es el caso del Cibertribunal Peruano, quien en su página web se autodefine como *un "órgano de resolución de los conflictos y controversias ocurridas en y por el uso de internet".*[4] A fin de ampliar el concepto diremos que *"El Cibertribunal peruano es un órgano de resolución de conflictos y controversias derivadas del uso de las tecnologías de la información, mediante la aplicación de la conciliación y el arbitraje. Pretende ser un órgano de la prevención y resolución de conflictos para los países de habla hispana".*[5]

De acuerdo al reglamento de este cibertribunal publicado en internet, a dicho centro de arbitraje virtual le son sometidas controversias relativas a comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos (incumplimiento de la obligación, etc.), propiedad intelectual (propiedad industrial, derechos de autor, conflictos entre nombres de dominio, etc.), actos de competencia desleal en la red, teletrabajo, publicidad y marketing en la red, protección al consumidor, protección a la intimidad, responsabilidad civil y todos aquellos temas en lo que, a petición de parte nacional o extranjera, se solicite su intervención.

Ahora bien, pero ¿cómo se lleva a cabo un ciberarbitraje? Siguiendo con el ejemplo del cibertribunal peruano y de conformidad con lo establecido en su reglamento responderemos sintéticamente el interrogante planteado.

Las partes en conflicto deberán presentar una solicitud de conciliación y arbitraje. Una vez presentada la misma, el Cibertribunal intentará como primera medida llegar a una conciliación entre las partes. De fracasar dicho intento, se pasará a una segunda instancia, sometiendo el Cibertribunal el conflicto a arbitraje, debiendo previamente las partes suscribir el requerido compromiso arbitral a efectos de activar el arbitraje ante dicho tribunal arbitral, siempre que las partes no hayan expresado su voluntad de someter una supuesta controversia en una cláusula compromisoria previamente a tal efecto.

Si la solicitud es presentada por una sola de las partes, se publicará en la página web del cibertribunal una reseña de la solicitud o demanda para alentar la respuesta de la contraparte.

[4] ver en página web www.cibertribunalperuano.org
[5] MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. Op., pág. 1

Si ambas partes deciden mutuamente someterse al proceso arbitral, deberán presentar la mencionada solicitud en la cual expondrán un resumen de los hechos, adjuntando a la misma todos los medios probatorios que consideren necesarios para dilucidar la controversia, pero siempre que los mismos sean accesibles a través de internet. Asimismo, si lo desea podrá nombrar a un árbitro. Dicha solicitud será recibida por el tribunal quien correrá traslado de la misma mediante correo electrónico a la otra parte solicitándole que nombre a un árbitro. Si cada parte elige un árbitro por separado, éstos elegirán al tercer árbitro quien presidirá el tribunal. Nombrados los árbitros el tribunal notificará a las partes la fecha y hora de inicio de la audiencia en la cual se fijarán los puntos controvertidos, así como la clave pública que permitirá encriptar y desencriptar los mensajes enviados por las partes al Cibertribunal y viceversa. La audiencia mencionada se llevará a cabo en la dirección de CHAT del Cibertribunal o a través de sistema de audio o videoconferencia.

Luego de la producción de las pruebas el tribunal emitirá un laudo, el cual se dictará de acuerdo al leal saber y entender de los árbitros o bien de conformidad con la costumbre mercantil. El laudo será definitivo y contra el mismo no procederá recurso de apelación, salvo pacto de las partes en contrario.

Finalizado el caso, se publicará en la página web del cibertribunal un sumilla de la resolución únicamente con el fin de crear precedentes.

III. CIBERARBITRAJE: SUS VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Habiendo sido calificado anteriormente el ciberarbitraje como un método alternativo de resolución de controversias entre partes contratantes en el mundo virtual resulta de vital importancia a esta altura del desarrollo de nuestra hipótesis evaluar las ventajas y desventajas que presenta la mencionada modalidad de resolución de conflictos.

En primer lugar, cabe mencionar, conforme lo manifestáramos en párrafos anteriores, la **celeridad** que dicho procedimiento presenta. No debemos olvidar que los actores en tales circunstancias son operadores del comercio internacional, cuyos tiempos son muy distintos a los manejados por los tribunales estaduales. De ahí que, podemos afirmar que el ciberarbitraje se adapta de manera más que suficiente por la propia dinámica de la contratación electrónica como método alternativo de resolución de conflictos más apropiado para conocer en desavenencias surgidas en el mundo virtual. Estaríamos en condiciones de considerar al ciberarbitraje como inherente a la contratación en el ciberespacio.

El arbitraje ha sido siempre vinculado con el principio de **especialidad**. Los árbitros designados son generalmente expertos en cuestiones relacionadas con la controversia que le es sometida a su conocimiento. Esta ventaja también es rescatada por el ciberarbitraje, tal vez aún, con mayor preponderancia, en virtud de que tal como surge del propio reglamento de arbitraje del Cibertribunal Peruano, a dicho centro de arbitraje virtual solamente le son sometidas cuestiones relativas a internet.

Asímismo, diremos que los **costos** de un arbitraje llevado a cabo en el mundo virtual son significativamente más reducidos que si la controversia fuere resuelta por los tradicionales tribunales nacionales, debiendo, además, tener en cuenta que los **tiempos** de respuesta de estos centros de arbitraje virtual son **más rápidos.**

Por último, diremos que, siguiendo el ejemplo del Cibertribunal Peruano, el mismo está **disponible las 24 horas de los 365 días del año.**

Corresponde ahora analizar las desventajas del ciberarbitraje. Siguiendo con el análisis del Reglamento de Arbitraje del Cibertribunal Peruano hemos advertido ciertas desventajas, las cuales presentan una estrecha vinculación con cuestiones de índole procesal como así también referidas a las partes en particular.

Así, advertimos como desventajas la incertidumbre en cuanto a la identidad de las partes titulares de derechos controvertidos como así también de sus domicilios, lo cual adquiere vital importancia en todo procedimiento, ya sea arbitral o bien sometido a la justicia estadual, en cuanto a que las partes no están obligadas a constituir un domicilio procesal a efectos de ser debidamente notificada de toda resolución. Si bien en el ciberarbitraje la problemática aparentemente estaría superada por el solo hecho de denunciar una casilla de correo electrónico, surge incertidumbre en cuanto a si la misma podrá ser receptora de correos electrónicos o si los mismos son devueltos al servidor emisor por no haber podido ser localizada la misma.

De igual modo, resulta dificultoso confirmar la identidad y domicilio de quienes sean citados o bien ofrecidos como testigos en el proceso arbitral, lo cual resulta obvio por tratarse de un procedimiento llevado a cabo entre ausentes.

Otro aspecto a tener en cuenta en lo relacionado con el domicilio de las partes es el de la comprobación de haber dado fiel cumplimiento a las notificaciones requeridas por el propio procedimiento arbitral durante el desarrollo del mismo. No debemos dejar de soslayar el peligro de vulneración de las garantías del debido proceso y defensa en juicio generado a partir de considerar a la casilla electrónica como dirección en la cual deben efectuarse las notificaciones ordenadas por el cibertribunal interviniente.

En párrafos anteriores hemos mencionado el derecho que les asiste a las partes intervinientes en cuanto al ofrecimiento de medios probatorios. Si bien, dicho derecho les es reconocido a las partes, advertimos que el mismo se encuentra limitado al ofrecimiento de todas aquellas pruebas posibles de ser producidas por internet, viéndose vulnerado el derecho de defensa en juicio.

Bien es sabido que los árbitros están facultados a dictar medidas cautelares de considerarlas necesarias a los fines del procedimiento arbitral. Pues bien, en virtud de la informalidad en que se lleva a cabo el ciberarbitraje advertimos la dificultad de su posterior ejecución, toda vez que a tales fines se requerirá la debida resolución escrita certificada y legalizada en cumplimiento del derecho convencional vigente en la materia. Resultaría de ese modo dudoso que sea aceptada una simple impresión de correo electrónico como equivalente a una resolución escrita

debidamente certificada y legalizada como requisito formal para ejecutar la medida cautelar dictada por el cibertribunal interviniente.

Así también, cabe sostener lo mismo en cuanto a la posterior ejecución de un ciberlaudo ante un tribunal estadual. Debido a las implicancias que dicha problemática genera en cuanto a la vulnerabilidad del debido proceso y las garantías del debido proceso garantizadas por Convenciones Internacionales en vigor dedicaremos el siguiente punto a esta cuestión.

IV. EJECUCIÓN DEL CIBERLAUDO

Si bien, en la práctica estos mecanismos de solución de controversias se encuentran en una fase inicial, tal como lo señala UNCITRAL en su último informe de junio de 2001[6], lo cierto es que ya existen tribunales arbitrales on line, como el Cibertribunal Peruano. La pregunta es: Se puede ejecutar en la Argentina un laudo emanado de un cibertribunal?

En primer lugar, a la hora de ejecutar un laudo debemos analizar dentro que fuente normativa nos estamos moviendo. Hay numerosas convenciones que se ocupan del tema: La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958), Convenciones a nivel continental, Protocolos sobre el tema jurisdiccional del MERCOSUR, y finalmente, para el caso que no exista tratado, podemos recurrir a los artículos 517 a 519 bis de nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Debido al gran número de ratificaciones que recibiera, la Convención de Nueva York es sin dudas, el instrumento más utilizado al intentar ejecutar un laudo extranjero. Por lo tanto, nuestro exposición se concentrará fundamentalmente en su articulado.

El primer requisito que resulta cuestionable a la luz de esta Convención es el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje. La cuestión no solo se plantea en el caso de un ciberarbitraje sino en todos los contratos celebrados por medios electrónicos, donde se incluye un acuerdo arbitral. UNCITRAL, está trabajando sobre la reformulación de este requisito a fin de salvar el conflicto de calificaciones generado por la interpretación del término “escrito”. De cualquier forma, digamos que gran parte de la jurisprudencia internacional lo entiende en forma amplia, abarcando el comercio electrónico, siguiendo la Ley Modelo de UNCITRAL sobre este punto y la necesidad de interpretar la Convención considerando especialmente su carácter internacional en pro de la uniformidad.

Al hablar de un cyberlaudo el concepto de escrito también se extiende a los requisitos formales de presentación del laudo ante un tribunal estatal para su ejecución, exigido por todos los textos de fuente interna y convencional y que serán bastante difíciles de salvar (por ejemplo, la presentación del laudo firmado y debidamente legalizado).

Pero quizás el problema más crucial de los cyberlaudos no sea el alcance que se dé al término escrito sino que su ejecución puede verse impedida por cuestiones de fondo. Al iniciarse la

[6] UNCITRAL, Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca del 38º Período de Sesiones

ejecución de un laudo, la parte ejecutada podrá oponer excepciones, dentro de las cuales se encuentran la violación del orden público internacional.

Un tema espinoso al respecto es el respeto del derecho constitucional al debido proceso y la defensa en juicio. A nuestro entender, es cuestionable el procedimiento de los cybertribunales arbitrales en este aspecto. Por ejemplo, las notificaciones por e-mail ¿puedan considerarse como notificaciones fehacientes a los efectos procesales?. Consideramos que los tribunales on line, deben ser regulados para garantizar derechos fundamentales de las partes, que en esta etapa inicial, no encontramos lo suficientemente resguardados.

V. CONCLUSIONES

Por todo ello, formulamos la siguiente propuesta:

1. Debe elaborarse una calificación autárquica del concepto “escrito” entendido en forma amplia, de manera que incluya los mensajes y documentos electrónicos, siguiendo el modelo de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico. La aprobación del Proyecto de Reformas de 1998, puede significar un gran avance al respecto, al menos con relación al derecho de fuente interna.
2. Siendo que el arbitraje es el mejor método para resolver las controversias en el comercio internacional, consideramos necesario regularlo de acuerdo a los avances tecnológicos, adaptándolo a las nuevas formas de negociación.
3. La regulación de los medios de solución de diputas on line, debe asegurar los derechos constitucionales fundamentales, tales como el debido proceso y la defensa en juicio de modo de garantizar la seguridad jurídica sin que el derecho se convierta en obstáculo para el desarrollo del comercio internacional.

BIBLIOGRAFÍA

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBON, Hebe. “El arbitraje”. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., Febrero 1998.

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L – RODRÍGUEZ Mónica S – MEDINA Flavia A. “Arbitraje e Insolvencia: ¿Una pareja divorciada?”,www.viajuridica.com, Ponencia presentada en Jornadas de Simplificación del Proceso, celebradas en San Isidro, entre julio y agosto del 2000.

KASSEDJIAN, Catherine. “Electronic Commerce and International Jurisdicction” (Preliminary Document No.12, Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado – Ottawa, 28 de Febrero-1 de marzo de 2000).

LUBITZ, Markus. “Jurisdiction and Choice of Law for Electronic Contracts: an English Perspective”. Computer Undrecht International, 2/2001, pg.39-45

MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. “El Cibertribunal Peruano como Medio Efectivo de Resolución de Conflictos”. Revista Electrónica de Derecho Informático, mayo 2001.

VELARDE KOECHLIN, Carmen. “Conciliación en el Ciberespaio: una propuesta para la resolución de conflictos en Internet” en “Materiales de enseñanza del Curso de Fedatarios Informáticos. Mayo-Dic.2000.

UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional), Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca del 38º Período de Sesiones (Nueva York, marzo 2001).

UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional), Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 34º Período de Sesiones (Nueva York, mayo-junio 2001)

EL ACUERDO ARBITRAL EN EL CONTEXTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

Así como sucede en el mundo real, las relaciones jurídicas que se desarrollan en el espacio virtual pueden derivar en conflictos que requieran una resolución jurídica, a la cual se puede arribar a través de un mecanismo de reconocido prestigio como es el arbitraje comercial internacional, ya sea el arbitraje tradicional, o bien el llamado ciberarbitraje o arbitraje *on line.*

En Internet, el acuerdo arbitral suele celebrarse a través de medios electrónicos, que no se compadecen, en principio, con el requisito formal que exigen un número importante de legislaciones y de normas convencionales vigentes: que el pacto de arbitraje sea celebrado por escrito. Este es el caso de la normativa vigente de fuente interna y convencional de la República Argentina.

Sin embargo, ante una realidad que impone la necesidad de adaptar el derecho a las nuevas tecnologías, existe una importante tendencia hacia el expreso reconocimiento de los medios electrónicos para celebrar acuerdos arbitrales en instrumentos internacionales así como en legislaciones de derecho comparado.

Nos ocuparemos en esta ocasión de analizar la validez del acuerdo de elección de foro arbitral en el derecho argentino vigente, así como en otras normas de diversa índole que marcan la tendencia contemporánea a la que hemos hecho alusión.

II. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO. ALGUNOS OBSTÁCULOS JÚRIDICOS

La cláusula de elección de foro en la contratación electrónica puede resultar un mecanismo de gran utilidad para las partes ya que les permitirá disipar la incertidumbre que les produce desconocer el juez competente en caso de que surja una controversia entre ellas.

Los contratantes, en cambio de prorrogar la jurisdicción a favor de tribunales judiciales, pueden optar por resolver sus controversias a través del arbitraje comercial internacional. Para ello, celebrarán una cláusula arbitral, cuya validez dependerá en última instancia de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

En materia de comercio electrónico, se promueve el recurso a medios alternativos de resolución de controversias. En este sentido, la Directiva de la UE 2000/31/CE sobre el comercio electrónico en su artículo 17 dispone “Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con

arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas...” En similar inteligencia, se pronunció la OCDE en las “guidelines”, anexas a la *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su documento “Policy Statement on Jurisdiction and Applicable Law in Electronic Commerce”, publicado el 6 de junio de 2001.

Ahora bien, la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en una doble posibilidad: el arbitraje tradicional y el denominado ciberarbitraje o arbitraje *on line*.

En efecto, el arbitraje electrónico, también denominado arbitraje telemático, multimedia, on line o virtual es uno de los mecanismos ODR (Online Dispute Resolution), que permite superar los límites geográficos, permitiendo que las partes resuelvan sus controversias a distancia.

Sin embargo, estos ciberarbitrajes plantean una serie de interrogantes ya que tanto las legislaciones nacionales, como las convenciones internacionales y los Reglamentos de prestigiosas instituciones arbitrales no suelen prever normas fácilmente adaptables a los procedimientos en línea.[1]

En consecuencia, es necesario que nos interroguemos sobre si:

- ¿El arbitraje comercial internacional es un mecanismo idóneo para la resolución de controversias vinculadas a los contratos electrónicos?,
- ¿Internet puede ser un medio apto para la solución de las "ciberdisputas" a través de una suerte de "cibertribunal" arbitral?.
- ¿El arbitraje en línea podría reemplazar sin más a las jurisdicciones estatales?
- ¿Hasta qué punto una de las partes podría obligar a su contraparte a recurrir a un ciberarbitraje?
- ¿Cuál o cuáles son las condiciones de validez de las cláusulas sobre elección de foro arbitral concertadas on line?
- ¿Un ciberárbitro podría acaso ejecutar una medida cautelar, podría proceder a la ejecución forzada de la sentencia arbitral o laudo?
- ¿Toda controversia surgida en el ciberespacio podría ser sometida de común acuerdo por las partes a un cibertribunal?.
- ¿Un laudo emanado de un tribunal arbitral virtual seria reconocido y ejecutado por tribunales judiciales nacionales?

Al intentar dar respuesta a estos interrogantes, a la luz del derecho vigente, observamos que existen diversos obstáculos, limitaciones que se presentan desde el punto de vista jurídico al arbitraje on line.

[1] Las peculiaridades del arbitraje *on line* ha impulsado a prestigiosas instituciones como la American Arbitration Association (AAA) a elaborar reglas suplementarias para esta particular modalidad del arbitraje. Véase Supplementary Procedures for Online Arbitration (Julio de 2001), disponibles en: http://www.adr.org/rules/commercial/online_arbitration.html

En efecto, la doctrina se ha ocupado de enumerarlos. Al respecto, se sostiene que existen por los menos dos grupos: limites materiales, que se relacionan con cuestiones que no son arbitrables y límites formales, vinculados con la exigencia de forma escrita de algunos actos, tales como el convenio arbitral, la demanda, la contestación, la reconvención.[2]

Asimismo, en términos generales, las normas sobre arbitraje prevén instancias en el curso de proceso arbitral en las que las partes y sus representantes deben tener contacto físico, presencial con el tribunal arbitral.

En síntesis, las limitaciones más importantes al arbitraje en el comercio electrónico, en especial del arbitraje electrónico, de las que nos hemos ocupado en otra oportunidad son: la validez del acuerdo o convenio arbitral, la validez de las notificaciones, la elección de la ley aplicable, la admisión de ciertos medios probatorios, la determinación de la sede en los arbitrajes electrónicos y el reconocimiento e ejecución de los laudos arbitrales.[3]

En esta oportunidad, profundizaremos el análisis sobre la validez del acuerdo arbitral celebrado a través de medios electrónicos.

III. EL ACUERDO ARBITRAL CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Tal como destaca prestigiosa doctrina, "el arbitraje plantea en el marco de la contratación a través de Internet la necesidad de determinar en qué medida es posible pactar a través del comercio electrónico el recurso a este mecanismo de solución de controversias".[4]

En efecto, la validez y eficacia de las cláusulas de elección de foro en la contratación electrónica dependerán, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

La forma escrita es comúnmente exigida por la gran mayoría de las legislaciones en materia de arbitraje, tanto en relación con el convenio arbitral, así como respecto del laudo y de otros documentos de importancia, como la recusación de un arbitro.

Cabe observar, asimismo, que aún en los casos en que tal requisito no es exigido, en la práctica casi todos los pactos se celebran por escrito o dicho de otro modo, los acuerdos verbales no tienen gran valor debido a que las normas relativas a la prueba son muy estrictas.[5]

---

[2] Cfr. GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim y TRUDEL, Pierre, "Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal", en *Revue Juridique Themis*, 1999

[3] Ver: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana, "Obstáculos legales y convencionales al arbitraje electrónico en la República Argentina", en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES),* ISSN N° 1514-9358, Volumen XII, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2008.

[4] Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 449.

[5] Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

No obstante, debemos advertir que formalismo no es antónimo de electrónico. Por ende, la exigencia formal de escritura puede ser sustituida por una formalidad electrónica, pues aunque prediquemos la libertad de prueba, ello no significa ausencia de prueba.[6]

En efecto, existen diversas soluciones posibles para adaptar la exigencia de forma escrita en el ciberespacio.

Desde una primera mirada, es posible adoptar una visión extensiva de la noción de escrito, es decir, se la asimila a la de documentos informatizados. Una segunda perspectiva se funda en consideraciones de índole histórica. En este sentido, se sostiene que las convenciones internacionales y las legislaciones estatales imponen la forma escrita porque cuando fueron elaboradas ese era el modo de comunicación habitual y no existían otros modos alternativos. De hecho, a partir de los años ochenta, las convenciones e instrumentos internacionales en general y en especial en materia de arbitraje han flexibilizado esta exigencia. Finalmente, podemos mencionar una visión funcionalista, que nos lleva a interrogarnos si tal requisito formal es exigido "ad solemnitatem" o "ad probationem", es decir, si hace a la validez del convenio arbitral, o si simplemente es solicitado a efectos probatorios. [7]

Sin embargo, aún frente a tales soluciones y propuestas teóricas, debemos ser prudentes: "...la diferente formulación de la exigencia de forma escrita en las diversas legislaciones nacionales y la falta de certeza acerca de su aplicación, e incluso de la interpretación de la normativa internacional en las distintas jurisdicciones, a los acuerdos comunicados electrónicamente imponen, desde el punto de vista práctico, cautelas a la hora de formalizar electrónicamente convenios arbitrales, pues todavía son poco frecuentes las normas que admiten expresamente esta modalidad de manifestación. La falta de certeza se ve reforzada por la disparidad de criterios y el déficit de regulación existente en el panorama comparado acerca de la fuerza probatoria de los documentos electrónicos y la peculiar vulnerabilidad de éstos". [8]

Pasemos, ahora, a analizar que nos dice el derecho argentino de fuente interna y convencional sobre estos aspectos relativos al convenio arbitral.

IV. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO ARBITRAL EN EL DERECHO ARGENTINO

1. FUENTE INTERNA: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

En lo que concierne al derecho internacional privado argentino de fuente interna, el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de árbitros que actúen fuera de la República, siempre que:

1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial,

2) Que se trate de cuestiones de índole internacional;

3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes,

---

[6] Cfr. GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim y TRUDEL, Pierre, "Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal", en *Revue Juridique Themis*, 1999

[7] *Ibidem.*

[8] Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, ps. 451 – 452.

4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

En relación con la forma del compromiso arbitral, el artículo 739 del Código Procesal nacional expresa que deberá formalizarse *por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa*, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento (el destacado nos pertenece).

2. FUENTE CONVENCIONAL

A. Tratados de Montevideo

El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, en vigor, introduce la cuestión de la prórroga de jurisdicción en el artículo 56 en los siguientes términos: "... Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales.

La voluntad del demandado debe expresarse *en forma positiva y no ficta*." (el destacado nos pertenece).

B. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975)

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vigor, establece en su artículo 1º: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil*. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex"* (el destacado nos pertenece).

C. Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción contractual internacional (1994)

Por su parte, en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, vigente en los cuatro Estados miembros, permite a los contratantes la prórroga a favor de tribunales arbitrales.

En efecto, el artículo 4 (Capítulo I: Elección de jurisdicción) dispone: "En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse *por escrito*, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.

Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales" (el destacado nos pertenece).

A su turno, el artículo 5 establece que: "El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio.

La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo.

En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo."[9]

D. Acuerdos de Arbitraje Comercial del MERCOSUR (1998)

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (artículo 6), vigente en los cuatro Estados miembros, dispone en cuanto a la forma del acuerdo arbitral que: "La convención arbitral deberá constar por escrito... *Las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o medio equivalente, deberán ser confirmadas por documento original,* sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco" (el destacado nos pertenece). Éste dispone que si no se hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerara válida si cumpliere con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 literal b.

Asimismo establece que la validez formal de la convención arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración.

Y considera que la convención arbitral realizada entre ausentes se perfecciona en el momento y en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido, *confirmado por el documento original*.

Al respecto, anticipamos que desde nuestra mira el legislador del MERCOSUR al requerir la confirmación por documento original no oculta su celo, su desconfianza con relación a las innovaciones tecnológicas en la celebración de acuerdos arbitrales electrónicos. Ello puede erigirse en un serio obstáculo para los cibernautas, sobre todo si son operadores de negocios internacionales, que al obligarlos a recurrir a incómodas confirmaciones quizás se sientan inclinados a desistir del empleo de este medio de solución de disputas. Máxime cuando las partes que se deciden por el arbitraje es porque reconocen en él uno de sus principales beneficios: la pronta composición del litigio.

E) Convención de Nueva York en materia de Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958)

La célebre Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958,[10] ratificada por nuestro país, dispone

---

[9]Según el artículo 7, en ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor:
a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato;
b) Los jueces del domicilio del demandado;
c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.

[10] El artículo 1.3 de la Convención de Nueva York de 1958 dispone: "En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el Artículo 10, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que solo aplicara la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno". La República Argentina al momento de ratificar formuló las dos reservas, la de comercialidad y la de

en su artículo 2° que: "1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo *por escrito* conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. *La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".* (el destacado nos pertenece).[11]

Si bien la Convención de Nueva York es clara cuando exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, podría interpretarse, bajo el paraguas de la teoría de la equivalencia funcional, que tal formalidad quedaría salvada siempre que el medio electrónico elegido deje cabal constancia del acuerdo de partes mediante un registro perdurable del mismo. En este sentido, el "canje de cartas o telegramas" podría ser asimilado al intercambio de correos electrónicos o comunicaciones electrónicas semejantes. Por otra parte, no podemos olvidar que los medios de comunicación que expresamente menciona el texto convencional responden a la época en que fue redactado.

Por otro lado, la CNUDMI ha aprobado una recomendación para que los Estados parte de esta Convención interpreten de modo amplio las exigencias formales del artículo al que hacemos referencia. Volveremos sobre este tema más adelante.

Como conclusión preliminar podemos afirmar que, a la luz de las normas vigentes en nuestro país, el requisito de la exteriorización por escrito de la cláusula de prórroga de jurisdicción plantea un problema serio en materia de contratación electrónica. No obstante, este obstáculo ha sido fácilmente superado, como mencionamos y veremos en mayor detalle más adelante, por otros ordenamientos.

Veamos qué proponen los últimos proyectos de ley nacionales en materia de Arbitraje Comercial Internacional.

F) Proyectos de ley en materia de Arbitraje Comercial Internacional

Entre los últimos proyectos de ley nacional de arbitraje en nuestro país, destacan el presentado al Congreso Nacional en enero de 2002, elaborado por una comisión redactora, integrada por Sergio Le Pera, Ana I. Piaggi, Roque J. Caivano, Alejandro Lareo, Orlando Ocampo y Victor Zamenfeld (Expte. 1056-PE-01). En 2003, fue presentado un nuevo Proyecto, en esta ocasión por el Dr. Jorge R. Vanossi (Expte. 6215-D-03). En 2005, se presentó el Proyecto Expte. 1065-D-05, que reproduce en todos sus términos el de 2003. Finalmente, en 2007 (expediente 0329-D-07) otro, que prácticamente reproduce los proyectos de 2003 y 2005.

El primer proyecto de ley mencionado, adopta en términos generales la Ley Modelo UNCITRAL

---

reciprocidad. En relación con la primera, es necesario advertir que quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta convención, entre otras, las relaciones de consumo.

[11] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Una nueva mirada al Derecho Procesal Internacional en Materia de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales", en *Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje* N° 8. Tribunal Supremo de Justicia. Editor Fernando Parra, Caracas. Venezuela, 2002/2003.

sobre Arbitraje Comercial Internacional, (en adelante simplemente Ley Modelo o LMU), en su versión original, de 1985. Sin embargo, el artículo 7.2, correspondiente a la definición y forma del acuerdo arbitral introduce expresamente la posibilidad de celebrarlo a través de medios electrónicos ya que prescribe que: "Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté expresado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, *correo electrónico*, telegramas *u otro medio de comunicación que dejen constancia del acuerdo,* o en un intercambio de acciones y defensas u otros escritos en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo arbitral siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato." (el destacado nos pertenece).

El siguiente inciso aclara que "Cuando el intercambio de comunicaciones se realice por medios electrónicos, el acuerdo arbitral se considerará formalizado si la información del mensaje de datos es accesible para su ulterior consulta y se utiliza un método técnicamente confiable para identificar al autor del documento para probar que esta persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos, y para asegurar la inalterabilidad. Estos requisitos sólo serán exigibles si el acuerdo arbitral no se considerara probado según otras disposiciones de este artículo." (Artículo 7.3).

Por el contrario, el proyecto presentado en 2003 (Expte. 6215-D-03) por Vanossi, y reiterado en las presentaciones de 2005 y de 2007, que también promueve la incorporación como ley vigente en la República Argentina la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, reproduce textualmente el artículo 7 de dicho instrumento, es decir, dispone que "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u *otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra..." (el destacado es nuestro).

Por lo tanto, los últimos proyectos presentados, lamentablemente, no consideran expresamente la celebración del acuerdo arbitral a través de medios electrónicos, como el correo electrónico o Internet en general, aún cuando, en una interpretación amplia de la expresión "otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo" podrían entenderse incluidos.

Cuadro I. Requisitos del acuerdo arbitral en el Derecho Argentino de fuente interna: derecho vigente y proyectos de ley en materia de Arbitraje comercial internacional.

	REQUISITOS FORMALES	REQUISITOS MATERIALES
Derecho vigente: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación	Deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento (art. 739 CPCCN)	1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes,

		4) Que la jurisdicción no sea exclusiva. (art. 1° CPCCN)
Proyectos legislativos	**<u>Proyecto 2001</u>** Por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté expresado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, *correo electrónico, telegramas u otro medio de comunicación que dejen constancia del acuerdo.* Cuando el intercambio de comunicaciones se realice por medios electrónicos, el acuerdo arbitral se considerará formalizado si la información del mensaje de datos *es accesible para su ulterior consulta y se utiliza un método técnicamente confiable para identificar al autor del documento para probar que esta persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos, y para asegurar la inalterabilidad.* (artículo 7.2. y 7.3). El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (art. 7.1)	**<u>Proyecto 2001</u>** 1) Todas las controversias o ciertas controversias, 2) Que hayan surgido o puedan surgir entre las partes, 3) Respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (art. 7.1)
	<u>Proyectos 2003/ 2005/ 2007</u> El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u *otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo* (art. 7.2) El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (art. 7.1)	**<u>Proyectos 2003/ 2005/ 2007</u>** 1) Todas las controversias o ciertas controversias, 2) Que hayan surgido o puedan surgir entre las partes, 3) Respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (art. 7.1)

Cuadro II. Requisitos del acuerdo arbitral en el Derecho Argentino de fuente convencional.

	REQUISITOS FORMALES	**REQUISITOS MATERIALES**
Tratado de Montevideo de 1940	En forma positiva y no ficta (art. 56)	1) Después de promovida la acción (*postlitem,* 2) Admisión voluntaria del demandado, 3) Siempre que se trate de

		acciones referentes a derechos personales patrimoniales. (art. 56)
CIDIP I sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975	El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex (art. 1)	1) Diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre las partes, 2) Con relación a un negocio de carácter mercantil (art. 1)
Protocolo de Buenos Aires de 1994	Por escrito (art. 4)	1) En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial, 2) Siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. (art. 4) 3) Puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. (art. 5) 4) La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las normas del Protocolo. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo (art. 5)
Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998	La convención arbitral deberá constar por escrito. Las comunicaciones realizadas por telefax, *correo electrónico o medio equivalente, deberán ser confirmadas por documento original* (art. 6) La validez formal de la convención arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración. (art. 6) Podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente (art. 2.e)	1) Todas o algunas controversias, 2) Que hayan surgido o puedan surgir entre las partes, 3) Respecto de relaciones contractuales. (art. 2.e) 4) La capacidad de las partes de la convención arbitral se regirá por el derecho de sus respectivos domicilios. 5) La validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el derecho del Estado Parte sede del tribunal arbitral. (art. 7)
Convención de Nueva York de 1958	Por escrito. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".(art. 2)* **(*Ver RECOMENDACIÓN DE LA CNUDMI/UNCITRAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II**	1) Todas las diferencias o ciertas diferencias, 2) Que hayan surgido o puedan surgir entre las partes, 3) Respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, 4) Concerniente a un asunto

V. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO ARBITRAL EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES SOBRE ARBITRAJE DE LOS PRINCIPALES PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Desde una primera mirada a las normas de fuente interna de los países latinoamericanos más importantes, observamos una importante disparidad en el tratamiento del arbitraje comercial, que denotan la diversa importancia y naturaleza asignada a tal institución:

- Argentina y Uruguay regulan el arbitraje nacional en sus Códigos de Procedimientos.
- México regula la institución en el Título Cuarto del Código de Comercio.
- Bolivia y Honduras dedican una ley especial a la conciliación y al arbitraje. Mientras que Ecuador cuenta con una ley sobre arbitraje y mediación, al igual que Nicaragua y Paraguay. El Salvador y Panamá tienen legislaciones conjuntas sobre arbitraje, conciliación y mediación. Finalmente Colombia ha sancionado un decreto sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos y Costa Rica cuenta con una ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social.
- Brasil, Chile, Guatemala, Perú y Venezuela tienen leyes exclusivamente dedicadas al arbitraje comercial, tanto interno como internacional.
- Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, y Venezuela han adoptado con algunas leves modificaciones el texto de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en su versión 1985. En cambio, Perú ha adoptado el texto en su versión modificada de 2006, tal como luego analizaremos.

En relación con los requisitos de forma exigidos por tales legislaciones, apreciamos que:

- Argentina, Brasil y Uruguay exigen estrictamente que el acuerdo de arbitraje sea celebrado por escrito.
- Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, y Venezuela, tal como dispone la Ley Modelo, versión 1985, si bien prescriben que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, interpretan esta condición de un modo flexible, ya que puede estar consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u *otros medios de telecomunicación* siempre que dejen constancia del acuerdo. Cabe señalar que la legislación paraguaya en este aspecto parecería ser más restrictiva pues no incluye la frase: “otros medios de telecomunicación...”
- La legislación boliviana permite que el acuerdo arbitral conste en un intercambio de cartas, telex, facsímiles o de *cualquier otro medio de comunicación*, que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje. Una formula muy similar contienen las leyes de Ecuador, El Salvador y Honduras.

- Colombia habilita que el compromiso esté contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax *u otro medio semejante,* salvo que se trate de un arbitraje en materia laboral, en cuyo caso, el acuerdo deberá constar necesariamente por escrito.
- En similar inteligencia, para Costa Rica, se considera válido el acuerdo arbitral suscrito por facsímil, telex o cualquier *otro medio de comunicación similar.*
- Finalmente Panamá y Perú incluyen expresamente la posibilidad de que el acuerdo arbitral conste en un "correo electrónico" o "comunicación electrónica". Volveremos, en especial, sobre la ley peruana más adelante.

En el siguiente cuadro comparativo, ilustramos los requisitos formales que las diversas legislaciones nacionales relativas al arbitraje comercial de los principales países de América Latina exigen para la validez del acuerdo arbitral.

Cuadro III. Requisitos de forma del acuerdo arbitral en las legislaciones nacionales de los principales países de América Latina.

PAIS	NORMATIVA SOBRE ARBITRAJE	FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL
ARGENTINA	CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	**LIBRO VI: PROCESO ARBITRAL** **TÍTULO 1: JUICIO ARBITRAL** **Forma del Compromiso** **739.** El compromiso deberá formalizarse *por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa,* o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento.
BOLIVIA	LEY Nº 1770 DE 10 DE MARZO DE 1997 SOBRE ARBITRAJE Y CONCILIACION	**CAPITULO II: CONVENIO ARBITRAL** **Artículo 10.- (Formalización)** I. El convenio arbitral se instrumenta por escrito, sea como cláusula de un contrato principal o por acuerdo separado del mismo. Su existencia deriva de la suscripción de un contrato principal o de un convenio arbitral específico o del *intercambio de cartas, telex, facsímiles o de cualquier otro medio de comunicación, que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje.* II. La referencia hecha en un contrato diferente a un documento que contenga el convenio arbitral constituye constancia del mismo, siempre que dicho contrato *conste por escrito* y que la referencia implique que el convenio arbitral forma parte del contrato.
BRASIL	LEI N.º 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. DISPÕE SOBRE A ARBITRAGEM	**CAPÍTULO II - DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS** **Art. 4º -** A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º - A cláusula compromissória deve ser estipulada *por escrito*, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que

		a ele se refira.
COLOMBIA	DECRETO Nº 1818 DE 1998 ESTATUTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	**PARTE SEGUNDA** **ARBITRAMENTO** **Artículo 118º. Cláusula compromisoria.** Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (...) **Artículo 119º. Compromiso**. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso *podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante* (...) **CAPÍTULO III** **Arbitramento en materia laboral** **Artículo 173º. Cláusula compromisoria.** La cláusula compromisoria deberá hacerse constar *siempre por escrito*, bien en el contrato individual, en el contrato sindical, en la convención colectiva, o en cualquier otro documento otorgado posteriormente. (Artículo 131 Código de Procedimiento Laboral).
COSTA RICA	LEY N^{O} 7727 RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL	**Capítulo III - Del arbitraje** **Sección I - Disposiciones Generales** **Artículo 23 - Condiciones del acuerdo** El acuerdo arbitral no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar *por escrito*, como acuerdo autónomo o parte de un convenio. Para los efectos de este artículo, *se considera válido el acuerdo arbitral suscrito por facsímil, telex o cualquier otro medio de comunicación similar.* (...).
CHILE	LEY N° 19.971 DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2004 SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	**CAPÍTULO II ACUERDO DE ARBITRAJE** **Artículo 7°.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje**. 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje *deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación* en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de

		arbitraje siempre que el contrato conste *por escrito* y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
ECUADOR	LEY N° 000. RO/145 DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 1997 DE ARBITRAJE Y MEDIACION	**Definición de Convenio Arbitral** **Art. 5.-** El convenio arbitral es el *acuerdo escrito* en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá *constar por escrito* y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje. La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él. **Otras formas de someterse al arbitraje** **Art. 6.-** Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure *en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.*
EL SALVADOR	DECRETO LEGISLATIVO N° 914 DEL 11/07/2002 LEY DE MEDIACION, CONCILIACION Y ARBITRAJE	**TITULO TERCERO - DEL ARBITRAJE** **SECCION SEGUNDA - DEL ARBITRAJE NACIONAL** **CAPITULO I - DEL CONVENIO ARBITRAL** **Formalidades** **Art. 29.-** El convenio arbitral deberá constar *por escrito.* Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente. *Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.* Asimismo, se presume que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas, se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a

		dicho sometimiento. Se presumirá que hay asentamiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.
GUATEMALA	LEY DE ARBITRAJE DEL 17/11/1995	**CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE** **Artículo 10** **Forma de acuerdo de arbitraje** 1. El acuerdo de arbitraje deberá constar *por escrito* y podrá adoptar la fórmula de un "compromiso" o de una "cláusula compromisoria", sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. *Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación* en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste *por escrito* y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 2. El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida in un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente. 3. Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: " ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE".
HONDURAS	DECRETO N° 161-2000 LEY DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE	**TÍTULO II - DEL ARBITRAJE** **SECCIÓN PRIMERA - DEL ARBITRAJE NACIONAL** **CAPÍTULO II DEL CONVENIO ARBITRAL** **Artículo 38. Forma del convenio arbitral.** El convenio arbitral deberá constar *por escrito*. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente. *Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje*. Deberá entenderse que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes.

		Se presumirá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.
MÉXICO	CÓDIGO DE COMERCIO TÍTULO CUARTO - DEL ARBITRAJE COMERCIAL	**CAPÍTULO II** **ACUERDO DE ARBITRAJE** **Art. 1423 -** El acuerdo de arbitraje deberá constar *por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación* en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste *por escrito* y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
NICARAGUA	LEY N° 540, DEL 25/05/2005 DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE	**TÍTULO TERCERO - DEL ARBITRAJE** **CAPÍTULO II - DEL ACUERDO DE ARBITRAJE** **Artículo 27 - Definición y forma del acuerdo de arbitraje** El acuerdo de arbitraje es un mecanismo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente o autónomo. El acuerdo de arbitraje deberá constar *por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o que el mismo se pueda hacer constar por el intercambio, inclusive electrónico, de cartas, telex, telegramas, telefax o por cualquier otro medio de comunicación que pueda dejar constancia escrita del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación* en lo que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste *por escrito* y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. En el acuerdo escrito, las partes deberán establecer expresamente los términos y condiciones que regirán el arbitraje, de conformidad con esta Ley (...)
PANAMÁ	DECRETO LEY N° 5, DEL 8/11/1999, POR EL CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN GENERAL DE ARBITRAJE, DE LA CONCILIACIÓN Y DE LA MEDIACIÓN	**CAPÍTULO II** **EL CONVENIO ARBITRAL** **Artículo 7:** El convenio arbitral, es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no (...) **Artículo 8:** El convenio arbitral podrá adoptar

		alguna de las modalidades siguientes: 1. Un convenio o acuerdo en forma de cláusula inserta dentro de otro contrato llamado contrato principal. 2. Un convenio o acuerdo independiente sobre controversias ya surgidas o que puedan surgir entre las partes. 3. Una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, seguida de una adhesión posterior de la otra u otras partes involucradas en el conflicto. **Artículo 9:** El convenio arbitral deberá constar *por escrito*. *Se entenderá que adopta la forma escrita cuando conste en un documento firmado por ambas partes, o en documento intercambiado entre las partes por medio de télex, fax, correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes.*
PARAGUAY	LEY 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACION	**CAPITULO II ACUERDO DE ARBITRAJE Artículo 10.- Forma del acuerdo de arbitraje**. El acuerdo de arbitraje deberá constar *por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos,* sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste *por escrito* y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
PERÚ	DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 SOBRE ARBITRAJE DE 2008	**TÍTULO II SOBRE "CONVENIO ARBITRAL". Artículo 13 (contenido y forma del convenio arbitral):** "2. El convenio arbitral deberá constar *por escrito.* Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3 *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax..."*
URUGUAY	LEY N° 15.982 / 1988	**CAPITULO II** **Cláusula Compromisoria y Compromiso**

	CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	**Artículo 473. Cláusula compromisoria** 473.1 En todo contrato o en acto posterior, podrá establecerse que las controversias que surjan entre las partes deberán dirimirse en juicio arbitral. 473.2 La cláusula compromisoria deberá consignarse *por escrito, bajo pena de nulidad.* **Artículo 477. Compromiso** El compromiso deberá consignarse, *bajo pena de nulidad en acta o escrito judicial o en escritura pública*. La aceptación de los árbitros se recabará por el tribunal o por el escribano que autorizó la escritura (...)
VENEZUELA	LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL GACETA OFICIAL Nº 36.430 DE 7 DE ABRIL DE 1998	**Artículo 6º.** El acuerdo de arbitraje deberá constar *por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.* La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste *por escrito* y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse *en forma expresa e independiente*.

VI. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

1. LA LEY MODELO UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (con su revisión de 2006)

La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en el artículo 7.2 preveía que: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u *otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato” (el subrayado nos pertenece).

Sin embargo, el 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las nuevas disposiciones modelo sobre arbitraje comercial internacional dictadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que constituyen la primera reforma de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional desde su aprobación en

el año 1985.

Los artículos de la Ley Modelo que fueron revisados por la CNUDMI están relacionados con la aplicación de las disposiciones de la Ley (articulo 1, párrafo 2; origen internacional y principios generales (artículo 2 bis); definición y forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7), medidas cautelares y órdenes preliminares (capítulo IV Bis) y reconocimiento y ejecución de laudos pronunciados en otro país (idioma en que fueron redactados) (articulo 35, párrafo 2).

Ahora bien, en la materia que nos ocupa, el artículo 7.4 (opción I) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su versión revisada aprobada el 7 de julio de 2006 (834ª sesión), expresa: "El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por ´comunicación electrónica´ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ´mensaje de datos´ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Por su lado, la opción II del mismo artículo dispone genéricamente que: "El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no."

Según la Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, "la versión original de 1985 de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7) sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que exige que el acuerdo conste por escrito. ... Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7."[12]

A tales fines, la Comisión aprobó dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo. La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente ("*compromis*") o futura ("*clause compromissoire*"). El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido.

La Nota Explicativa destaca que la importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas. Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha

[12] Cfr. www.uncitral.org

inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.[13]

En efecto, el párrafo 4 del artículo 7 revisado adopta el concepto de comunicación electrónica como equivalente al escrito. Noción que es tomada de la Convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas de 2005 (artículo 4.b y c) y cuyo origen podemos encontrar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996. De dicho instrumento también se toma la definición del mensaje de datos (artículo 2.a), y el requisito de la accesibilidad de la información para su ulterior consulta para establecer la equivalencia funcional entre la forma escrita tradicional y la forma electrónica (artículo 6 Ley Modelo de 1996, y artículo 9.2 Convención de 2005).

En la segunda opción del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite directamente todo requisito de forma.

La finalidad de cualquiera de las dos opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

Cabe señalar que la Comisión no expresó preferencia por ninguna de las opciones. Los Estados que adopten la Ley Modelo podrán examinarlas y escoger una u otra según convenga a sus necesidades concretas.

Es dable destacar, sin embargo que, la primera opción del mentado artículo 7 de alguna manera nos desorienta, porque por un lado empieza por enrolarse en la línea conservadora tradicional, clásica de la Convención de Nueva York , al mantener como regla de base la forma escrita del acuerdo de arbitraje, aunque a renglón seguido, se inclina hacia las tendencias contemporáneas que asumen las nuevas tecnologías al incorporar la comunicación electrónica como equivalente de escrito, llegando inclusive hasta admitir, y esto es lo que más nos desubica, el convenio arbitral perfeccionado de forma oral por actos de ejecución o por silencio o inacción. Claramente, se trata de una disposición de compromiso, que solamente deja entrever las diferencias existentes y no resueltas, lamentablemente en el seno del Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL

Hasta el momento, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 en: Irlanda (2008), Nueva Zelandia (2007), el Perú (2008) y Eslovenia (2008).

Por otro lado, es dable señalar que las Notas de UNCITRAL sobre la Organización del Procedimiento Arbitral, aprobadas en 1996, en el 29° período de sesiones de la Comisión, en Nueva York[14] ya contienen algunos aspectos aplicables a procedimientos de arbitraje a distancia. Por ejemplo, se podrán utilizar medios electrónicos para la adopción de las decisiones relativas a la organización del proceso arbitral, o para intercambiar documentos.

[13] Cfr. www.uncitral.org

[14] Estas Notas no son vinculantes ni para las partes ni para los árbitros. El Tribunal Arbitral podrá utilizarlas cuando lo considere conveniente.

2. RECOMENDACIÓN DE LA CNUDMI SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS II (2) Y VII (1) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK (1958) SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

La CNUDMI, en su sesión celebrada en el mes de julio de 2006, aprobó también una recomendación sobre la interpretación de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, considerando que al llevar a cabo dicha interpretación debe de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, así como el asegurar la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional. Por ello, y teniendo en cuenta la existencia de ciertos instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la misma Comisión sobre Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; habida cuenta también que en los últimos años se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige a) los acuerdos de arbitraje, b) los procedimientos arbitrales y c) la ejecución de las sentencias arbitrales, mismas que han dado origen a una amplia jurisprudencia, recomienda: a) que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, y b) que el párrafo 1) del artículo VII de la citada Convención, se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo.

De acuerdo a la Nota Explicativa, esta recomendación "se formuló en vista del uso cada vez más extendido del comercio electrónico, y de la promulgación de leyes nacionales, así como de la jurisprudencia en la materia, que son más favorables que la Convención de Nueva York en lo tocante al requisito de forma al que han de ajustarse el acuerdo de arbitraje, las actuaciones arbitrales y la ejecución de laudos." [15]

En su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que "con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, es especialmente oportuna".

[15] Cfr. www.uncitral.org

3. REALIZACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

El 8 de junio de 2000 la UE aprobó una Directiva relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información,[16] en especial el comercio electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento).

Respecto del tema que nos ocupa, dispone que los Estados Miembros deben velar para que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de controversias, entre los cuales se encuentra el Arbitraje comercial.[17]

En líneas generales, en los países miembros de la UE, se encuentran vigentes sobre forma del convenio arbitral, las normas del Convenio de Nueva York de 1958 (artículo II) y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de Ginebra de 1961 (artículo 1.2.a).[18]

El artículo 1.2 del Convenio de Ginebra prevé que se entenderá por: "a) acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o compromiso arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes".

También en el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (CE) Nº 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas)[19], aún cuando no regula específicamente el arbitraje, si bien exige en su artículo 23.1 que el acuerdo atributivo de competencia conste por escrito o que exista una confirmación escrita de un acuerdo verbal, ha introducido un segundo apartado en la misma disposición, según el cual "se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero".[20] Al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, el

---

[16] Según la norma comunitaria, "servicios de la sociedad de la información" es todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios, es decir, cualquier persona física o jurídica que utilice uno de estos servicios por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible."

[17] Cfr. Artículo 17 (Solución extrajudicial de litigios).

[18] Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 449.

[19] El Reglamento de Bruselas desde su entrada en vigor a partir del 1º de marzo de 2002 sustituyó al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, concluido en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968. El Reglamento está actualmente vigente en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, salvo en Dinamarca, ya que según los artículos 1° y 2° del Protocolo sobre la posición de este país, queda fuera de toda vinculación respecto de los instrumentos que se pudieran adoptar en relación con el Título IV de la Tercera parte del TCE.

[20] De este modo, el Reglamento de Bruselas busca complementar la Directiva de la UE sobre comercio electrónico que en su artículo 9 dispone que "los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía

Reglamento adopta la llamada "teoría de la equivalencia funcional" en relación con el término "escrito".

4. LA LEY ESPAÑOLA DE 2003: LEY 60/2003 DE ARBITRAJE

La Ley española N° 60/2003, del 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje[21] en su título II, sobre el convenio arbitral y sus efectos, en el artículo 9 regula específicamente la forma y contenido del convenio arbitral en estos términos: "1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. 2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u *otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo...* 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español." (el destacado nos pertenece.

Tal como podemos apreciar la ley española prevé expresamente la validez del convenio arbitral celebrado por medios electrónicos, adoptando el criterio de equivalencia funcional siempre que los nuevos medios permitan su accesibilidad posterior.

5. LA LEY PERUANA DE 2008: EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 SOBRE ARBITRAJE

Perú ha aprobado, recientemente, una nueva legislación sobre arbitraje: el decreto legislativo N° 1071/2008, en cuyo título II sobre "Convenio Arbitral", artículo 13 (contenido y forma del convenio arbitral) dispone: "2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3 Se entenderá que el convenio arbitral es escrito *cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma*, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. *Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su*

---

electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica".

[21] Esta ley sustituye la normativa sobre arbitraje del 5 de Diciembre de 1988, tomando como referencia el contenido de la Ley Modelo UNCITRAL.

ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax..." (el destacado nos pertenece).

Cabe señalar que la nueva Ley peruana de arbitraje, palabras más, palabras menos, adopta la Opción II del artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL, en su versión revisada 2006, y por ende, indirectamente tiene como fuentes la Ley Modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 y la Convención de Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacional.

Asimismo, es dable destacar que el artículo 55 posibilita que el laudo arbitral también conste en soporte electrónico: "1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante... 2. Para estos efectos, se entenderá que el aludo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo."

De este modo, Perú se pone a la vanguardia de la legislación en materia de arbitraje en América Latina.

6. LA POSICIÓN DE AVANZADA DE MÉXICO EN LA MATERIA

Resulta necesario, entre las legislaciones más avanzadas de América Latina, destacar también a la legislación mexicana. En este aspecto no podemos dejar de mencionar que cuando se reforma el artículo 7 de la LMU y la recomendación interpretativa de la Convención de Nueva York, el gobierno mexicano sostuvo que el mantenimiento de la exigencia de la forma escrita era un formalismo que ya no tenía razón de existir y que era susceptible de frustrar las legítimas expectativas de las otras partes, por eso en un buen número de países con intensa práctica arbitral no se exige y en otros, por definición es tan amplia que, prácticamente, no se plantea. Esta posición se hace cargo de la idea que el requisito de la firma del acuerdo arbitral se enfrenta a la libertad de forma de los contratos comerciales con la paradoja de que "se puede contratar oralmente una operación de cien millones de dólares, pero el acuerdo arbitral relativo a ese contrato debía constar por escrito". Por ello, México proponía la eliminación, pura y simple, del requisito de forma escrita para el acuerdo de arbitraje en la seguridad de que las cuestiones de la celebración del mismo y su contenido pasarían a ser problemas probatorios.[22]

VII. JURISPRUDENCIA ARBITRAL Y DE LOS TRIBUNALES ESTATALES

a) La jurisprudencia arbitral muestra una suerte de distanciamiento, alejamiento del rigorismo formal orientándose hacia la búsqueda de la verdadera e inequívoca voluntad de las partes que

[22] UNCITRAL A/CN,9/WG.II / WP. 137

intervienen en las transacciones internacionales. En este aspecto, conviene recordar que la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se pronunció de la siguiente manera:

En el asunto N°5730 afirmando que: "…un convenio arbitral existe, prima facie, después de que las pretensiones de una de las partes son sostenidas por cualquier apariencia y que su admisión eventual podría ser suficiente para fundamentar la competencia de los árbitros".

En el asunto N° 4381, los árbitros decidieron la controversia tomando como base la voluntad común de las partes en el procedimiento tal como resulta de las circunstancias que rodearon el establecimiento, la ejecución y la cesación de las relaciones contractuales.

En el asunto N°5065, la ausencia de firma no impidió que la Corte apreciara la existencia del convenio arbitral y remitiera el caso a los árbitros para que decidiesen sobre su propia competencia.

En el Laudo recaído en el asunto N° 6519 se introduce por un lado, el principio de que no basta con interponer demanda ante la CCI para que ésta considere que la otra parte está vinculada por un convenio arbitral y por el otro, que tampoco es suficiente para demostrar que no existe convenio eficaz que éste no esté firmado; la firma del acuerdo no constituye pues requisito indispensable para la existencia del convenio arbitral.

b) A su turno, la jurisprudencia estatal también se ha orientado hacia la aceptación de criterios antiformalistas, tal como surge de lo resuelto por la High Court of Hong Kong, el 30 de julio de 1992, oportunidad en la que entendió que aunque la póliza de fletamento no estaba firmada por ambas partes, tal póliza debía surtir efectos ya que no había dudas, sobre la base de los hechos y los intercambios de comunicaciones anteriores al viaje, que el demandado había fletado el buque del demandante y había pagado también ciertas sumas a éste conforme a dicha póliza. Puntualmente llegó a la conclusión, que se había cumplido con el artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 dando al demandado siete días para designar a un segundo árbitro, que en caso de no hacerlo lo designaría el propio tribunal.

De modo, que los tribunales estatales han respondido afirmativamente cuando se trataba de acuerdos celebrados por télex y telefax y en ocasiones han entendido que, aunque el requisito de forma significara que el acuerdo de arbitraje debía estar celebrado por escrito, era suficiente con que estuviera contenido en un documento que pudiera considerarse una prueba escrita y la confirmación de la voluntad común de las partes.[23]

En suma, estos antecedentes estarían preanunciando la adopción de una mirada antiformalista, una interpretación más flexible de los árbitros y de los jueces quienes estarían marcando, favoreciendo una orientación más liberal en la materia, en consonancia con las necesidades del comercio internacional contemporáneo.

VIII. REFLEXIONES FINALES

[23] UNCITRAL A/CN.9/WG.II/WP.139, párrafos 22 y 23.

- Las personas y los cibernautas necesitan para desplegar su actividad en el área de los negocios internacionales, un entorno pleno de certidumbre y previsibilidad, sin obstáculos jurídicos innecesarios. La seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado.
- El sistema de derecho internacional privado de fuente interna por requerir la exteriorización por escrito del acuerdo de elección de jurisdicción, plantea un obstáculo en materia de contratación electrónica.
- Los Proyectos de Reforma al sistema de Derecho Internacional Privado argentino, no se hacen cargo de reglar las cuestiones derivadas de la contratación electrónica ni del reconocimiento y ejecución de laudos emanados de arbitrajes electrónicos.
- Resulta conveniente que la República Argentina en la Reforma del sistema argentino de fuente interna, incorpore normas jurídicas especiales en materia de comercio electrónico, contratación electrónica y acuerdo electrónico de selección de foro.
- El acuerdo de elección de jurisdicción en materia de arbitraje en el MERCOSUR requiere la confirmación por documento original cuando ha sido celebrado por medios electrónicos, dejando traslucir una suerte de desconfianza hacia el empleo de las innovaciones tecnológicas en la celebración de acuerdos arbitrales electrónicos.
- Las tendencias actuales se mueven en un sentido más favorecedor a la aceptación bajo ciertas circunstancias de los acuerdos electrónicamente celebrados, tal como está receptado en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (con su última revisión), en las codificaciones más recientes realizadas por los derechos estaduales de Europa y América, y en las recomendaciones de numerosos foros internacionales.
- La exigencia de la cláusula escrita aprobada por las partes en los negocios internacionales no se acomoda con la forma en que los operadores celebran sus contratos en la que destaca la característica de la celeridad.
- Una reglamentación moderna de arbitraje, para poder ser calificada como tal, debería hacerse cargo de la búsqueda del equilibrio entre la seguridad jurídica y la rapidez inherente a las transacciones comerciales internacionales.
- La práctica contemporánea muestra una tendencia de los propios árbitros, a optar por distanciarse de los criterios estrictos formalistas asumiendo la conveniencia de no anteponer los meros requisitos formales a la verdadera intención de las partes, a la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje.
- El comercio electrónico, la contratación electrónica, el arbitraje electrónico son manifestaciones que por su magnitud, su relevancia, su delicadeza, su utilización por los operadores internacionales, no pueden permanecer ignoradas por un legislador que sepa mirar hacia el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 41, 2000.

BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

BERGÉ, Jean - Sylvestre, "La résolution des conflits de lois", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

BIOCCA, Stella Maris, CÁRDENAS, Sara, BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte general*. 2ª edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.

BRENNA, Ramón G., "Espacio virtual sin ubicación ni ley", en *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional,* ALTMARK, Daniel (dir.) y BIELSA, Rafael (coord. Académico), volumen 7. Comercio electrónico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001.

BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica", en ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. (coord.), *El comercio electrónico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001.

CANDELARIO MASÍAS, Isabel, "Breves apuntes sobre la formación del comercio electrónico", en *Âmbito Jurídico*, dez/98. Disponible en http://ambito-juridico.com.br/aj/int0002.htm.

"El Comercio Electrónico: estudio particular de la Directiva Europea 31/2000", disponible en http://www.e-iure.com/tec/links/espain/doctrina/htm.

CAPRIOLI, Eric, "Arbitrage et médiation dans le Commerce électronique (L'expérience du "CyberTribunal")" en Revue de l'arbitrage N°2, 1999, p. 225-248. También disponible en: http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/commerce _electroniq/edocs_ecommerce_cybertribunal.htm

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Nombres de Dominio, conflicto de leyes y normativa ICANN", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.

DALL ´AGLIO, Edgardo Jorge, "Contratos concluidos por ordenador. Formación y exteriorización de la voluntad. Formación del contrato", en *Revista Jurídica La Ley Córdoba* 19-V-1990.

DRAETTA, Ugo, “Internet et Commerce Électronique en Droit International des Affaires”, en *Recueil des Cours*, Tomo 314, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2005

KATSH, Ethan, “Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace”, en *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006. Disponible en http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/katsh.htm

FARAH, Youseph, “Critical analysis of online dispute resolutions: the optimist, the realist and the bewildered”, en *Computer and Telecommunications Law Review,* 2005.

FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873.

"Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable", en *Revista Doctrina Judicial* 1999-3-654.

“España y una completa regulación para Internet (Sobre su proyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico)”, 2002, disponible en http://www.informatica-juridica.com/trabajos/

FAUVARQUE - COSSON, "Le droit international privé classique à l´épreuve des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.

Derecho Internacional Privado. Parte especial, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.

Contratos internacionales, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

Jurisdicción internacional en materia contractual, en Alterini, Atilio A. (dir.), *Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

"La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999.

“Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet”, en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

“La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

“Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

“Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

“El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.

“El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

“Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., “La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES),* ISSN N° 1514-9358, Volumen XI, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2007.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana, “Obstáculos legales y convencionales al arbitraje electrónico en la República Argentina”, en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES),* ISSN N° 1514-9358, Volumen XII, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2008.

FÉRAL - SCHUHL, Christiane, "La mise en application des décisions de justice", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 5. Disponible en www.reei.org.

FERRER RAMÍREZ, Raquel, "El Comercio Electrónico y la Contratación B2B" en *Noticias de la Unión Europea,* N° 235/236, Agosto/Septiembre de 2004, Año XX, Bilbao, ps. 55 a 60.

GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.

"Contrato en Internet. Ley aplicable - Autonomía de la Voluntad", en *Revista Jurídica La Ley* 2000-C, 1053.

GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim y TRUDEL, Pierre, “Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal”, en *Revue Juridique Themis*, 1999

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

GRAHAM, James, “La deslocalización del arbitraje virtual”, en *Revista de Derecho Informático* Nº 040 - Noviembre del 2001, Ed. Alfa-Redi . Disponible en http://www.alfa-redi.org/

“El acuerdo arbitral virtual”, en *Revista de Derecho Informático* Nº 041 Diciembre del 2001, Ed. Alfa-Redi . Disponible en Disponible en http://www.alfa-redi.org/

HUET, Jérôme, "Le droit applicable dans les réseaux numériques", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

JIJENA LEIVA, Renato, "Comercio electrónico y Derecho", en *Revista Electrónica de Derecho Informático,* N° 43, febrero de 2002. Disponible en www.vlex.com.

JOHNSON David R. y POST, David G., "And how should the Internet be governed?" disponible en http://www.cli.org/emdraft.html.

MALDONADO ELVIRA, Sergio, "Contratos Electrónicos Internacionales con el Consumidor: Jurisdicción Competente y Ley Aplicable", *en Revista Electrónica de Derecho Informático*, N° 12, julio de 1999. Disponible en www.vlex.com.

MARAIS, Bertrand du, "Auto régulation, régulation et co - régulation des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

MEDINA, Flavia, "La contratación por medios electrónicos y la compraventa internacional de mercaderías: ¿hay que revisar la reserva de Argentina al ratificar la Convención de Viena que impone la forma escrita?", en *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado,* 7, 8, y 9 de junio de 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales (CEDyCS), Buenos Aires, 2001.

MONCAYO von HASE, Andrés, "Litiges relatifs au commerce électronique et à l´arbitrage: obstacles juridiques et enjeux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Edición Actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1997.

NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-II, ps. 929 a 940.

OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.

"La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.

PALAZZI, Pablo, PEÑA, Julián, "Comercio Electrónico y Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 17, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, "Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004" en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, noviembre de 2005.

RAMOS SUÁREZ, Fernando, "Problemas jurídicos del Comercio electrónico", *en Revista Electrónica de Derecho Informático* N° 2, septiembre de 1998, disponible en www.vlex.com.

SALERNO, Marcelo U., "Los contratos en el Mercado Virtual", el *Revista Jurídica La Ley* 1999-E, ps. 1127-1130

SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.

SIQUEIROS, José Luis, "La CNUDMI modifica su ley modelo sobre arbitraje comercial internacional", disponible en http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc

WAHAB, Mohamed, "Globalisation and ODR: dynamics of change in e-commerce dispute settlement", en *International Journal of Law and Information Technology*, Spring, 2004.

WEISMAN, Karina, "Internet y los contratos: la adecuación del derecho y de los abogados a este nuevo medio de contratación", en *Revista Doctrina Judicial* 2001-3-151.

WILSKE, Stephany SCHILLER, Teresa, "International jurisdiction in Cyberspace: Which States may regulate the Internet?, disponible en http://www.jmls.edu/cyber/index/juris1.html.

CAPITULO VI

DOCUMENTOS EXTRANJEROS Y PRUEBA EN EL COMERCIO ELECTRONICO

EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LOS FOROS DE CODIFICACIÓN INTERNACIONALES: LA CONFERENCIA DE LA HAYA Y LAS *E - APOSTILLAS*

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

I. INTRODUCCIÓN

Entre las notas características de la aldea global en la que convivimos, en el contexto de una incesante globalización con sus beneficios y sus peligros, en el marco de un mundo cada día más internacionalizado, en esta era de la Posmodernidad, como algunos gustan llamar, apreciamos una notable expansión de las relaciones a distancia, virtuales, producto de las nuevas vías de comunicación, y de la facilidad en el intercambio de la información que favorecen la celebración de negocios y la realización de todo tipo de actividades, más allá de las fronteras territoriales, estatales.[1] Internet ha erosionado, en los hechos, los límites geográficos.

Esta suerte de "desterritorialización", de "deslocalización" trae como consecuencia la imposibilidad, o al menos la seria dificultad, de los Estados para regular de modo independiente este fenómeno. Algunos autores hablan de la crisis del monopolio del Estado en la reglamentación de las relaciones entre personas de derecho privado como consecuencia de la globalización.[2]

Por sus propias características, INTERNET y el comercio electrónico se revelan como la innovación más prometedora de la globalización tecnológica, económica y cultural ante la que el Estado no puede permanecer ajeno. A su alrededor, se crean una multiplicidad de efectos, que tienen virtualidad suficiente como para que el comercio electrónico pretenda desprenderse de las fronteras, y de las aduanas.[3]

Asimismo, las circunstancias descriptas promueven "el cuestionamiento del empleo de una regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal, frente a la que se abre paso la toma en consideración de procesos de creación de normas de base no geográfica con la implicación de los actores relevantes; que contribuye a erosionar en este contexto el alcance de las técnicas localizadoras paradigmáticas del DIPr".[4]

---

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

[2] En este sentido, DRAETTA, Ugo, "Internet et commerce électronique en droit international des affaires", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005, p. 21 y ss.

[3] En este sentido, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. Arbitraje Electrónico: Una mirada al futuro, en *Estudios sobre el Arbitraje*. *Libro Homenaje* al Doctor Patricio Aylwin. Chile. 2007 y de la misma autora "Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet", en Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades. Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

[4] *Op. cit*. nota 1, párrafo 6.

Ante ello, los Estados han advertido que una labor coordinada suele ser cuanto menos más eficaz que la acción unilateral de cada uno de ellos por separado. Incluso, en ciertos supuestos, la cooperación interestatal se ha transformado en un imperativo.

Así, podemos percibir que aún cuando las legislaciones de fuente interna, de carácter nacional continúan siendo fundamentales; al menos, en algunas áreas, aquellas se ven influidas por tendencias armonizadoras a nivel universal o regional.[5]

De allí la importancia que reviste el estudio de la labor de las organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, con miras a la armonización, a la codificación del Derecho Internacional Privado en general, y en especial del tema que nos ocupa en esta oportunidad: el comercio electrónico.

En este trabajo, en consecuencia, luego de realizar algunas breves consideraciones previas abordaremos la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en dicha materia y en particular la elaboración e implementación del Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (*e - APP*)

II. REGULACIÓN DE INTERNET

El ciberespacio no responde a las clásicas fronteras estaduales, y por lo tanto escapa a los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos enfrenta a plantearnos si es posible regular este nuevo espacio, y en su caso, cuáles son las alternativas posibles. En definitiva: ¿los problemas del mundo virtual son distintos en esencia a los pertenecientes al mundo real?.

Muy diversas opiniones se sostienen acerca de la necesidad de crear normas que rijan el espacio virtual.

Con toda lucidez, afirma De Miguel Asensio, “La pretendida sustitución de los límites territoriales (y materiales) por nuevas fronteras propias de Internet, junto con la independencia atribuida a las redes en su funcionamiento y su supuesta transformación en comunidades con poder para imponer sus propias reglas, son elementos que se encuentran en el origen de uno de los planteamientos básicos en lo que respecta al régimen jurídico de Internet. En efecto, con base también en la pretendida incapacidad (e incluso falta de legitimación) de los ordenamientos jurídicos estatales (de base territorial) para regular y controlar los flujos transfronterizos de información por Internet y para dar respuesta a los conflictos de intereses planteados en la Red, que produciría situaciones hasta ahora desconocidas (en particular como consecuencia del carácter digital e inmaterial del nuevo contexto), se ha propuesto un modelo de reglamentación descentralizado, basado en la creación al margen de los legisladores estatales de normas propias para regular Internet y sus relaciones, en gran medida por parte de los actores de la Red. Se ha llegado a proponer la consideración del ciberespacio como una jurisdicción independiente,

[5] Cfr. *op. cit*. nota 1, párrafo 25.

diferenciada de las estatales, con mecanismos propios de producción y normas y órganos específicos de solución de controversias."[6]

En efecto, para muchos toda regulación de Internet no contribuirá más que a entorpecer este medio y en particular, obstaculizará las operaciones comerciales que se desarrollan a través de sus redes. Por lo tanto, en esta línea de pensamiento, el espacio virtual, sin fronteras geográficas, "ajurisdiccional" no debe sufrir la intromisión de los Estados. En suma, estaríamos ante un ámbito que no pertenece a nadie y en consecuencia, ninguna autoridad estatal tendría legítimas facultades de regulación y control de las situaciones y relaciones que se concluyen en ese espacio. Para esta posición, en general, la solución vendría de la mano de la "autorregulación", es decir de las normas que la propia red, que sus usuarios adoptan y respetan en la práctica. Esa sería la única alternativa viable, frente a la imposibilidad de los Estados de regular las actividades que se desarrollan fuera del ámbito territorial donde ejercen soberanía.

Sin embargo, en los hechos, en la realidad, nos encontramos con un número reducido de cuestiones sometidas a la autorregulación, tales como aquellas relativas a ciertas cuestiones técnicas y al sistema de nombres de dominio.

Por su parte, varias críticas se han alzado frente a dicho proceso de autorregulación, autocomposición, de alcance global, fundadas principalmente en la falta de legitimidad democrática en su elaboración dado que la mayoría de los participantes y usuarios quedan sin representación alguna en la práctica; y además se descree de la real efectividad de tales normas puesto que su ejecutabilidad depende en ultima instancia de las jurisdicciones estatales.[7]

Se puede sostener, entonces, que los cibernautas requieren certidumbre y previsibilidad para operar en el espacio virtual. Y esta seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado.

En pocas palabras, desde la perspectiva que compartimos, el ciberespacio no es un compartimento estanco, ajeno a las reglas del Derecho, a las tradiciones, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real.[8]

III. FOROS DE CODIFICACIÓN INTERNACIONALES

Las formas de cooperación en el plano internacional son muy diversas: desde la celebración de reuniones, conferencias internacionales, o la conclusión de un tratado internacional estableciendo un régimen de consultas, o un intercambio de información hasta la creación de organizaciones internacionales.

---

[6] Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet,* segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, ps. 75 – 76.
[7] Cfr. *op cit* nota anterior, ps. 81 – 82.
[8] En el mismo sentido, se ha pronunciado FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser", en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

Una de las actividades en las que la necesidad de cooperación interestatal se manifiesta claramente es la de codificar, sistematizar, armonizar las normas de Derecho Internacional Privado.

Dentro del amplio espectro de organizaciones internacionales intergubernamentales que en mayor o menor medida se ocupan de la codificación del Derecho Internacional Privado, nos encontramos con organismos dedicados exclusivamente a tal labor, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y UNIDROIT. Otras organizaciones cuyas funciones son mucho más amplias como la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos poseen órganos dedicados a armonizar tales normas. Así, nos encontramos dentro de la órbita de la ONU con un órgano jurídico central del sistema como es la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL). Por su parte, dentro del marco de la OEA, el Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro (CJI) realiza importantes tareas en el ámbito que nos ocupa, especialmente a través de las ya mencionadas CIDIP.[9]

Tampoco podemos soslayar la tarea que cumplen las organizaciones internacionales que conforman áreas o espacios integrados, como la Unión Europea y el Mercosur, a través de diversos órganos, instituciones y grupos de trabajo.

Por último no podemos desoír la actividad desarrollada por organizaciones no gubernamentales, tales como la Cámara de Comercio Internacional; la International Bar Association, la Unión Internacional de Abogados, la Interamerican Bar Association, la Inter-Pacific Bar Association; International Law Association, INSOL, entre otras.

A su turno, entre los diversos organismos que se han ocupado del comercio electrónico, debemos mencionar la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA); la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI), en este último caso a través de la elaboración de las leyes modelos sobre comercio electrónico (1996) y firmas electrónicas (2001) y más recientemente, de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005), así como la profunda labor de la Unión Europea y las realizaciones del Mercosur.

---

[9] Respecto de los organismos internacionales que se ocupan de la codificación del Derecho Internacional Privado, en cuanto a su estructura, composición, objetivos, funciones y principales realizaciones, puede verse: SCOTTI, Luciana B., "El Rol de los Organismos Internacionales en la Armonización del Derecho Internacional Privado", en *Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Derecho Internacional,* disponible en http://www.caei.com.ar/es/programas/di/working.htm#, Working Paper N° 29, 9 de julio de 2006; o en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 24*, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 27 de octubre de 2006.

No debemos omitir la mención de otras entidades que se encargan de adoptar medidas para garantizar el funcionamiento y desarrollo de Internet, a través de la definición de estándares relativos a los protocolos de comunicación y la asignación de direcciones que permiten la identificación de los ordenadores conectados a la Red. Entre ellas, tenemos a ISOC *(Internet Society*), que procura el desarrollo de estándares y tecnologías de interconexión de Internet, el crecimiento de la arquitectura de la red y la armonización de actuaciones que faciliten la disponibilidad de Internet; la IAB (*Internet Architecture Board,* sucesora de la *Internet Activities Board*), que se ocupa de la formulación de reglas relativas a los estándares de funcionamiento de la Web, es el árbitro final en caso de controversias en los procesos de establecimiento de estándares y auspicia la tarea de otras dos organizaciones: la IETF (*Internet Engineering Task Force*), que se encarga de los protocolos y de la arquitectura de Internet y la IRTF (*Internet Research Task Force*), destinada a la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías. Asimismo, la IESG (*Internet Engineering Steering Group*), cuya tarea central es el proceso de elaboración de estándares. A su turno, la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), está a cargo de la atribución del espacio de direcciones IP y de la administración del sistema de nombres de dominio.[10]

Sin embargo, estas instituciones específicas de Internet se limitan a administrar la estructura y los estándares técnicos que hacen posible el funcionamiento y desarrollo de la red, pero no se ocupan de las consecuencias jurídicas de las actividades que se desenvuelven en Internet. Sólo existen algunas reglas, pautas de conducta, conocidas como *Netiquette*, elaboradas por los propios usuarios de la red, dispersas y no vinculantes.

A continuación analizaremos la labor de una de las organizaciones más significativas para la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado: la Conferencia de La Haya.

IV. LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: UNA ORGANIZACIÓN CON VOCACIÓN UNIVERSAL

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental que tiene por objetivo "promover la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado" (art. 1° del Estatuto).

Los orígenes de este organismo los podemos encontrar en la primera sesión de la Conferencia reunida en 1893 por el Gobierno neerlandés por iniciativa de M.T.C. Asser. En 1894, 1900, 1904, 1925 y 1928 se convocaron sucesivas sesiones que tan sólo implicaban reuniones sin vocación de permanencia. Sin embargo, en la séptima sesión de 1951 la Conferencia de La Haya se transformó en una organización intergubernamental permanente a través de la

[10] Un desarrollo pormenorizado de las funciones de estas organizaciones puede verse en: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid,

elaboración de un Estatuto, que entró en vigor el 15 de julio de 1955 y en cuyo preámbulo los miembros originarios expresan precisamente el deseo de acentuar el carácter permanente de la Conferencia, y deciden dotar a la misma de un Estatuto. Sin perjuicio de ello, las prácticas de la Conferencias continúan en vigor en todo aquello que no contraríe el Estatuto o el Reglamento. A partir de entonces, las sesiones ordinarias se realizan cada cuatro año.

La Conferencia de La Haya tiene su sede permanente en Países Bajos, con quien mantiene vínculos muy estrechos: es la sede de todas las Comisiones especiales y diplomáticas, cubre los gastos de las sesiones ordinarias, los costos de la publicación de las Actas y Documentos, y ha ofrecido varias contribuciones especiales. Además, el estatuto en su art. 3º expresa que el funcionamiento de la Conferencia es asegurado por una Comisión de estado neerlandesa, que dirige las actividades de la Oficina permanente de la organización. Asimismo, el Gobierno de los Países Bajos, a propuesta de dicha comisión, designa el secretario general y los secretarios de la Oficina permanente según dispone el art. 4º.

La República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal Reino Unido, Suecia y Suiza son los miembros originarios de la Conferencia de La Haya.

En efecto, el art. 2º del Estatuto establece que "son miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado los Estados que ya han participado de una o varias Sesiones de la Conferencia y que aceptan el presente Estatuto". Asimismo, indica que pueden ser miembros otros Estados que tengan un interés de carácter jurídico por los trabajos de la Conferencia. La admisión de los nuevos miembros es decidida por los gobiernos de los Estados partes por mayoría de votos emitidos.

En la actualidad 69 Estados[11] son miembros de la Conferencia de La Haya, entre ellos, la República Argentina. A su vez, más de 130 Estados de todos los continentes, son partes de una o varias de las 39 convenciones de La Haya.

La principal actividad de este organismo es la negociación y elaboración de tratados o convenciones internacionales en diversas materias del Derecho Internacional Privado: cooperación judicial y administrativa internacional, conflictos de leyes en materia de contratos, delitos, obligaciones alimentarias, estatuto y protección de los niños, relaciones entre cónyuges, testamentos, sucesiones, competencia jurisdiccional y ejecución de sentencias extranjeras, entre otras. Para la elaboración de cada convención, la Secretaria realiza los trabajos preparatorios que sean necesarios a fin de que las Comisiones Especiales integradas por expertos de los diversos gobiernos de los Estados Miembros elaboren un anteproyecto, que será posteriormente discutido y en su caso, adoptado por la Asamblea plenaria de la Conferencia.

2001, p. 32 y ss.

[11] Uno de los miembros es la Comunidad Europea, en calidad de organización regional de integración económica, sin perjuicio de que muchos de sus miembros son también miembros de la Conferencia de La Haya en forma independiente.

Una vez adoptado un texto, las Comisiones Especiales se ocupan de examinar el funcionamiento práctico de las Convenciones. Prestan una asistencia técnica y dan consejos jurídicos y de orientación política a los Estados en relación con la aplicación de las convenciones existentes. Analiza la jurisprudencia y las aplicaciones prácticas de las convenciones a fin de alcanzar una interpretación coherente de las mismas.

Las convenciones más recientes adoptadas por la Conferencia de La Haya se refieren a la competencia, la ley aplicable, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (1996), la protección internacional de los adultos (2000), la Convención sobre acuerdos de elección de foro (2005), la Convención sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre los títulos poseídos por medio de un intermediario (2006), la Convención sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y a otros miembros de la familia (2007), el Protocolo sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimentarias (2007).

Asimismo, la Conferencia de La Haya realiza otras actividades adicionales. Ha organizado desde principios de la década del noventa diversos coloquios y mesas redondas en colaboración con institutos, universidades y Estados; desde 1998 organiza seminarios para jueces de los Estados miembros. Participa, además, activamente en simposios internacionales, conferencias mundiales. Todas estas actividades tienen por objetivo brindar asistencia jurídica, y formación teórico-práctica para los Estados y para los destinatarios de las convenciones.

Por otra parte, este organismo ha colaborado y aconsejado a través de funcionarios de la Secretaría para la reforma de legislaciones estatales. Así, por citar sólo algunos ejemplos, en 1992, a pedido de lo Gobierno de Albania, colaboró conjuntamente con UNICEF en la elaboración de una nueva ley de protección de menores y de adopción de niños. En 1996, un funcionario de la Secretaria asistió al Parlamento de Paraguay para elaborar la legislación sobre la protección de los menores. En 1998, participó en una misión, bajo la égida de UNICEF y del Servicio Social Internacional en Armenia, a fin de elaborar recomendaciones sobre la política y la reforma legislativa en materia de asistencia a los niños sin familia.

Actualmente, los temas inscriptos en el orden del día de la Conferencia sobre trabajos futuros son: las cuestiones atinentes a la sociedad de la información, incluyendo el comercio electrónico, contactos transfronterizos entre padres e hijos, conflicto de jurisdicciones, ley aplicable, cooperación judicial y administrativa internacional en materia de responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente, competencia jurisdiccional, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones, cuestiones de derecho internacional privado relativas a parejas no casadas; ley aplicable a la competencia desleal y ley aplicable a la cesión de créditos.

V. LA LABOR DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha organizado diversas conferencias y mesas redondas desde fines de la década del noventa sobre comercio electrónico y derecho internacional privado a fin de analizar los múltiples aspectos que aquél presenta y su incidencia en las normas de nuestra disciplina.

En septiembre de 1999, convocó, conjuntamente con la Universidad de Ginebra, una ronda de discusión para abordar los problemas vinculados a la jurisdicción y a la ley aplicable al comercio electrónico y a las transacciones en Internet. Las comisiones que se formaron, integradas por expertos de veintiséis países, enfocaron su estudio en los siguientes temas: contratos, hechos ilícitos, cláusulas de elección de jurisdicción y ley aplicable, notificaciones, ley aplicable a la protección de datos, medios de prueba y estándares de procedimientos para resolver disputas *on line*.

Llegaron a las siguientes conclusiones: 1) En lugar de crear normas nuevas para el comercio electrónico y las operaciones por Internet, deben aplicarse los principios y procedimientos existentes por medio de la interpretación; 2) Las normas sancionadas deben ser tecnológicamente neutrales; 3) En cuanto a la jurisdicción y la ley aplicable a los contratos *on line*, si el cumplimiento de la obligación principal tiene lugar fuera de la red se deberían aplicar las reglas existentes de derecho internacional privado que se refieren al lugar de cumplimiento. En cambio, si el cumplimiento de la obligación principal tiene lugar en la red, no es un punto de conexión adecuado, sino que debe tomarse el sitio en el que se encuentran las partes involucradas; 4) En las transacciones electrónicas entre empresas, el principio general para determinar la jurisdicción y la ley aplicable es la autonomía de la voluntad; 5) En las transacciones entre empresas y consumidores, se consideró que era necesario realizar una investigación más profunda. Una alternativa consistiría en realizar un proceso de certificación de sitios que incluya reglas mínimas de protección al consumidor y un fácil acceso a un sistema de resolución de controversias gratuito. Si el sitio fue certificado, puede aplicarse la ley del país de origen y sus tribunales son competentes. En caso contrario, se puede aplicar la ley y los tribunales del lugar en que se encuentra el consumidor. 6) Se consideró fundamental la identificación de los intervinientes en la red. 7) Asimismo, se elaboraron conclusiones respecto de la jurisdicción en casos de hechos ilícitos, sobre protección de datos, sistemas de seguridad y finalmente alentó el desarrollo de mecanismos de resolución *on line* de disputas y de estándares de procedimientos.

En la Reunión de Expertos celebrada en Ottawa del 28 de febrero al 1º de marzo de 2000, bajo los auspicios de esta organización, convocada con el fin de evaluar las diversas cuestiones que plantea el comercio electrónico en relación con la competencia jurisdiccional internacional, señaló tres cuestiones esenciales a tener presentes: 1) la distinción entre contratos celebrados en línea pero ejecutados fuera de ella y aquellos concluidos y ejecutados por vía electrónica;[12] 2) la

[12] En la Mesa redonda de Ginebra sobre comercio electrónico y Derecho Internacional Privado celebrada los días 2, 3 y 4 de septiembre de 1999, bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se recomendó que para los contratos en línea, en materia de competencia jurisdiccional y de derecho aplicable, si la ejecución de la obligación en cuestión tiene lugar *off line*, las

identificación y la localización de las partes contratantes,[13] y 3) la irrelevancia de la tradicional distinción entre bienes y servicios en el comercio electrónico.[14]

Cabe señalar que estas conclusiones fueron tomadas en cuenta en oportunidad de discutir el Proyecto Preliminar de Convención sobre jurisdicción y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial en la XIX Sesión Diplomática de la Conferencia de La Haya, celebrada del 6 al 22 de junio de 2001.[15]

En octubre de 2004, la Conferencia de La Haya, el Gobierno de los Países Bajos y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) organizaron conjuntamente una conferencia sobre los problemas jurídicos relacionados al comercio electrónico. En esta oportunidad, la actividad propuesta se concentró en el desarrollo del ejemplo de una compraventa en línea de bienes o servicios, desde la fase precontractual, pasando por su celebración y ejecución, hasta la fase postcontractual.

Una de las propuestas más significativas de la Conferencia de La Haya para el medio digital, virtual es el llamado Programa Piloto de Apostillas Electrónicas, al cual dedicaremos los próximos párrafos.

VI. EL PROGRAMA PILOTO DE APOSTILLAS ELECTRÓNICAS (*e-APP*)

1. El Convenio de La Haya sobre la Apostilla de 1961

El Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (conocido como el Convenio sobre la Apostilla), en vigor desde el 24 de enero de 1965, tiene por finalidad facilitar la circulación de documentos públicos emitidos en un Estado parte y que deben ser presentados en otro Estado parte.[16] Para ello, este tratado internacional sustituye las formalidades de la legalización consular y diplomática de un documento público por la simple emisión de una apostilla o acotación,

---

reglas actuales de derecho internacional privado que se refieren al lugar de ejecución siguen siendo pertinentes. En cambio, si la ejecución tiene lugar en línea, el lugar de cumplimiento no es apropiado como punto de conexión. En este caso, los puntos de conexión adecuados son los lugares de situación de cada una de las partes.

[13] Ya en la Mesa redonda de Ginebra sobre comercio electrónico y derecho internacional privado de 1999 se advirtió que la identificación de los operadores en Internet es esencial para el correcto funcionamiento del comercio electrónico.

[14] Cfr Documento Preliminar Nº 12 de agosto de 2000. Informe de trabajo redactado por Catherine Kessedjian con la colaboración del equipo de derecho internacional privado del Ministerio de Justicia de Canadá: "Commerce électronique et compétence jurisdictionnelle internationale (Ottawa, 28 février au 1er mars 2000)". Disponible en http://www.hcch.net

[15] Esta Convención aun no ha sido adoptada. Sin embargo, como primer paso hacia la celebración de dicho tratado internacional, la Conferencia de La Haya ha adoptado la Convención sobre los Acuerdos Exclusivos de Elección de foro. Cumpliéndose una serie de requisitos que establece la convención, los jueces del Estado parte designados deberán declararse competentes, sin que puedan declinar su jurisdicción. A su vez, los jueces de otros Estados parte estarán obligados a rechazar la demanda, aun si poseen jurisdicción según sus normas nacionales.

[16] Actualmente el Convenio cuenta con 93 Estados partes.

emanada de una autoridad competente, designada a tal efecto por el Estado parte en el cual el documento fue expedido.

En la mayoría de los casos, las apostillas son expedidas para las actas de nacimiento, de matrimonio o de defunción, constancias del registro de comercio u otros registros, patentes, decisiones judiciales, actos notariales, certificaciones notariales de firmas, diplomas emitidos por instituciones públicas, entre otros.

El ámbito de aplicación de dicha convención surge de su artículo 1°: “se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado Contratante y que deban ser presentados en el territorio del otro Estado Contratante.” Y califica como documentos públicos a los siguientes:

a) los documentos que emanen de una autoridad o funcionario vinculado a cortes o tribunales del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público, o de un secretario, oficial o agente judicial;

b) los documentos administrativos;

c) los documentos notariales;

d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones oficiales y notariales de firmas.

Por el contrario, el Convenio no se aplicará: a) a los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares; b) a los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

A su turno, el artículo 2° determina los efectos principales buscados por la Convención: “Cada Estado Contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique el presente Convenio y que deban ser presentados en su territorio. A los efectos del presente Convenio, la legalización sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello timbre que el documento ostente”. En consecuencia, según dispone el artículo siguiente, la única formalidad que podrá exigirse a los fines de certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla, expedida por la autoridad competente del Estado del que emane el documento.

La apostilla debe: a) ser hecha en el mismo documento o en una prolongación del mismo, de conformidad con un modelo que figura en el Anexo de la propia Convención; b) tener la forma de un cuadrado de nueve centímetros de lado como mínimo, con los ítems numerados y uniformes que podrán ser redactados en el idioma oficial de la autoridad que lo expida, c) el título “Apostille” deberá estar escrito en francés para facilitar su individualización.

En el caso de la República Argentina, la autoridad de aplicación es el Departamento de Legalizaciones de la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Cabe señalar que en nuestro país, el 1° de diciembre de 2003 entró en vigor el Convenio entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Consejo Federal del Notariado Argentino, suscripto el 2 de septiembre de 2003, por el que se delega en los colegios de escribanos de todo el país la facultad de colocar la acotación de Apostille en la totalidad de documentos públicos enumerados en el artículo 1° de la Convención de La Haya.[17]

En definitiva, se trata de un texto normativo especialmente diseñado para otorgar agilidad a la circulación de instrumentos públicos a nivel internacional, destinado a evitar las innecesarias y costosas complicaciones derivadas de la duplicación de certificaciones. [18]

2. Hacia una "Apostilla Electrónica"

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Unión Internacional del Notariado Latino, y la Asociación Nacional de Notarios de Estados Unidos, como su anfitrión, organizaron dos primeros foros con el fin de proponer un protocolo global para autenticar el documento electrónico mediante la adopción de una apostilla electrónica.

El primer foro celebrado el 30 y 31 de mayo de 2005 en Las Vegas, Nevada, respaldó las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2003 del Convenio de la Apostilla de la Haya: "1. Haciendo eco de la Recomendación 4 adoptada por la reunión de la Comisión Especial (CE) de la Conferencia de La Haya celebrada del 28 de octubre al 4 de noviembre de 2003 para revisar el funcionamiento práctico de la Convención de la Apostilla (y las Convenciones de Notificación y Pruebas), los participantes del Foro enfatizan el hecho que la Convención de la Apostilla funciona en un tiempo en el cual hay importantes desarrollos tecnológicos. Los participantes del Foro enfatizan que las tecnologías modernas son una parte integral de la sociedad actual y su uso una realidad, inclusive, si esta evolución no podría ser prevista al momento de la adopción de la Convención de la Apostilla. En este sentido, los participantes del Foro también aprueban las conclusiones de la CE al efecto que el espíritu y letra de la Convención no constituye un obstáculo para el uso de la tecnología moderna; por el contrario, la aplicación y el funcionamiento de la Convención puede seguir mejorándose al basarse en tales tecnologías y de esta manera aumentar la confianza mutua como un principio básico para el funcionamiento de la Convención. Es el punto de vista de los participantes que una interpretación de la Convención a la luz del principio del equivalente funcional permite a las autoridades competentes tener tanto registros electrónicos como expedir Apostillas electrónicas para mejorar la asistencia legal

[17] Ver al respecto, OYARZABAL, Mario, "La descentralización del proceso de legalización mediante la apostilla", en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, elDial.com, Ed. Albremática, 24 de junio de 2005, elDial - DC623. Disponible en www.eldial.com

[18] Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Ed. Universidad . Buenos Aires, 2000, p. 277.

internacional y los servicios gubernamentales. 2. Actualmente, la mayoría de los países han emitido legislación que reconoce el efecto legal de las firmas electrónicas y los documentos electrónicos. Se exhorta a los Estados para que continúen revisando y aumentando el marco legal a fin de permitir el uso de firmas electrónicas y documentos electrónicos."

En síntesis, se llegó a la conclusión que el espíritu y letra de la Convención no constituyen un obstáculo para el uso de las tecnologías de comunicación e información; sino que, por el contrario, la tecnología puede contribuir en la aplicación y el funcionamiento de la Convención procurando aumentar la confianza en sus postulados. En tal inteligencia, exhortó a los Estados para que dentro de este contexto desarrollen el marco legal apropiado que legitime el uso de firmas electrónicas y documentos electrónicos.

Por su parte, el segundo foro fue celebrado el 28 y 29 de mayo de 2006 en Washington, D.C. y se abocó en esta oportunidad a la revisión de las aplicaciones prácticas y las cuestiones relativas a la implantación de Apostillas Electrónicas (e-Apostilles) y Registros Electrónicos de Apostillas (e-Registers) tomando como base las Conclusiones adoptadas en el Primer Foro Internacional.

En esta segunda oportunidad, las presentaciones y discusiones incluyeron actualizaciones en materia de:

- el Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (*e-APP*) y sus dos componentes – la e-Apostille y el e-Register – como fue anunciado en los modelos desarrollados de manera conjunta por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y la NNA,
- las más actuales iniciativas en Europa, Norteamérica y Latinoamérica relativas a la aplicación y el reconocimiento de documentos públicos firmados electrónicamente,
- las cuestiones legales y técnicas de la seguridad y autenticación de documentos electrónicos y firmas electrónicas, y
- diferentes enfoques técnicos sobre documentos públicos firmados electrónicamente implementados actualmente en varias jurisdicciones, e incluso estas iniciativas abordan cuestiones de interoperabilidad y su relación con el e-APP.

El Segundo Foro observó con un gran interés el lanzamiento del e-APP y lo acogieron como una iniciativa que demuestra como pueden ser implementadas en la práctica las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2003 de la HCCH y el Primer Foro Internacional sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas de 2005.

Se aprobó la iniciativa propuesta la cual comprende el uso de tecnología ya disponible y generalizada. Se subrayó que el e-APP es un importante paso para el desarrollo de la aplicación de la tecnología de la información en el Convenio sobre la Apostilla.

Asimismo, los participantes observaron que si existen leyes internas, reglas o reglamentos con respecto a la realización de actos notariales electrónicos, el uso y la administración de firmas electrónicas o la transmisión de documentos electrónicos (incluyendo actos notariales), estas

leyes, reglas o reglamentos siguen siendo aplicables bajo los modelos propuestos desarrollados para el e-APP.

La reunión del Foro, tomando en cuenta el ámbito específico del Convenio, confirmó que cualquier modelo sugerido de acuerdo al e-APP debe ser desarrollado a fin de:

- hacer más rápida y barata la expedición y el uso de Apostillas y así aumentar la eficacia general del funcionamiento práctico del Convenio;
- asegurar que la expedición y la confianza en las apostillas ofrezca un nivel de seguridad mucho más alto que el estándar actual que resulta del funcionamiento del Convenio en soporte papel;
- basarse en el uso de tecnologías de código abierto, siempre que sea posible y adecuado, de manera de permitir una aplicación económica del Convenio; y
- facilitar una verificación más frecuente de las Apostillas a fin de saber si los datos plasmados en la Apostilla corresponden con aquellos del Registro con el que cuenta la Autoridad Competente que ha expedido la Apostilla como lo prevé el artículo 7 del Convenio; y de esta manera proveer una herramienta útil para combatir el fraude y fomentar una mayor conciencia y confianza en los Registros de Apostillas.

El Foro reconoció que los modelos actuales sugeridos por el e-APP satisfacen estos objetivos y podrán asistir a las Autoridades Competentes en un desempeño más eficaz de esta importante función pública.

También, se hizo hincapié en que la expedición de e-Apostilles, por el gran y variado número de Autoridades Competentes, de acuerdo al modelo sugerido servirá para armonizar el funcionamiento del Convenio así como para ayudar a identificar y resolver cualquier posible inconsistencia en su enfoque.

Se alentó a los Estados a que se esfuercen en alcanzar altos estándares en la expedición y administración de credenciales digitales para las Autoridades Competentes, incluyendo certificados digitales utilizados de conformidad al modelo sugerido para la expedición de e-Apostilles.

Los participantes del Foro recordaron que una Apostilla:

• ya sea en formato electrónico o en soporte papel no puede estar por separado y debe estar siempre anexa al documento público subyacente al cual se refiere,

• simplemente certifica el origen del documento público subyacente; y

• no otorga ningún valor legal adicional al documento público subyacente y no se pueden ignorar las reglas establecidas que gobiernan la eficacia internacional de los documentos públicos.

3. El lanzamiento del Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (*e-APP*)

En abril de 2006, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Asociación Nacional de Notarios oficializaron el lanzamiento del Programa Piloto Apostillas Electrónicas (e-APP). Este proyecto pretende que para el 2009-2010 la mayoría de los gobiernos estén emitiendo apostillas electrónicas y tengan en pleno funcionamiento el Registro Electrónico de Apostillas, “basándose en tecnología existente y ampliamente utilizada”.

El e – APP cuenta con dos componentes: 1) materiales informativos completos de cómo las Autoridades competentes pueden usar tecnología PDF y certificados digitales para emitir e-Apostillas, y la manera como terceros pueden utilizar e-Apostillas, y 2) software de código abierto para la creación y utilización de e-Registros por las Autoridades competentes, y una explicación de cómo terceros pueden utilizar e-Registros

El objetivo más claro del e-APP es “la comunicación y el diálogo a fin de asegurar el funcionamiento eficaz de una exitosa Convención sobre Apostilla en un ambiente electrónico”. El e – APP moderniza el funcionamiento del Convenio de 1961 adaptándolo al medio electrónico, sin realizar ninguna modificación, cambio de su contenido o naturaleza del instrumento.

En efecto, la participación en el e-APP no requiere de un acuerdo formal entre los Estados, ni exige ningún otro tipo de compromiso vinculante con el Programa Piloto.[19]

[19] Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (e-APP), Memorándum sobre ciertos aspectos técnicos que proveen la base del

Cabe señalar que el proyecto piloto e-APP, es un modelo a seguir pero no es óbice para el estudio e implantación de otras modelos que utilizan tecnologías alternativas. Además el Programa respeta las leyes internas, reglas o reglamentos de los países signatarios del convenio con respecto a la realización de actos notariales electrónicos, el uso y la administración de firmas electrónicas o la transmisión de documentos electrónicos.

El modelo sugerido para la emisión de Apostillas Electrónicas utiliza tecnología Adobe PDF estándar y está previsto que las autoridades competentes utilicen certificados digitales para firmar digitalmente la Apostilla Electrónica que emiten. Dado que es un modelo meramente sugerido, el Programa alienta a las Autoridades Competentes a desarrollar modelos alternativos para compartir estos desarrollos con la comunidad participante del e-APP.

En efecto, ll proyecto es neutral en cuanto al tipo de tecnología que los Estados pueden adoptar para llevarlo a cabo.

El e-APP contempla dos formatos distintos de apostillas electrónicas, pero ambos protegen igualmente el documento subyacente y el Certificado de Apostilla electrónica de modificaciones no autorizadas. Con el primer método una autoridad competente puede agregar el Certificado de Apostilla como la última página de un documento público existente en PDF. En cambio, con el segundo método, un documento público subyacente se adjunta como un archivo separado al Certificado de Apostilla electrónico.

Por otra parte, el proceso de firma electrónica segura de la tecnología Adobe PDF cumple con la definición de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas electrónicas, de 2001, según la cual aquellas son “los datos de forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo [como la Apostilla], que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos” (artículo 2.a). Además el principio general de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961 de que una Apostilla producida válidamente en el Estado parte debe ser reconocida por otro Estado parte de la Convención, se compadece con el estándar del artículo 12.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI[20] para el reconocimiento de firmas electrónicas creadas en otro Estado. En consecuencia, ello habilitaría al reconocimiento entre Estados partes de la Convención, de las apostillas electrónicas emitidas de conformidad con el modelo sugerido en el e – APP.[21]

---

modelo sugerido para la emisión de apostillas electrónicas (e – apostillas), elaborado por Christophe Bernasconi (Oficina Permanente) y Rich Hansberger (Narional Notary Association), Documento Preliminar Nº 18, de marzo de 2007 a la atención del Consejo de abril de 2007 de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, p. 1. Disponible en http://www.hcch.net

[20] Según el artículo 12.3: “Toda firma electrónica creada o utilizada fuera [del Estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el Estado promulgante] que toda forma electrónica creada o utilizada en [el Estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.”

[21] Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (e-APP), Memorándum sobre ciertos aspectos técnicos que proveen la base del modelo sugerido para la emisión de apostillas electrónicas (e – apostillas), elaborado por Christophe Bernasconi (Oficina Permanente) y Rich Hansberger (Narional Notary Association), Documento Preliminar

Por otro lado, el e – Registro que prevé el e – APP, permite a terceros solicitar fácilmente en línea la verificación del origen de una Apostilla. Así, las Autoridades competentes no tienen que responder a dichas solicitudes individualmente por teléfono, correo electrónico o cualquier otro medio. Sin embargo, no se encuentran permitidas las solicitudes sin base y fortuitas. En efecto, no existe libre acceso a toda la información almacenada en el e – Registro sino que la persona interesada puede verificar si la Apostilla que le ha sido presentada ha sido realmente emitida por la autoridad competente que aparece en la Apostilla. Para ello, deberá ingresar la fecha y el número de la Apostilla que le ha sido presentada para acceder al e - Registro correspondiente.

Finalmente, cabe señalar que el 29 y 30 de mayo de 2008, en Nueva Orleáns, Luisiana, Estados Unidos se llevó a cabo el Cuarto Foro Internacional sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas y Pruebas Digitales, organizado por la Asociación Nacional de Notarios de Estados Unidos (NNA). Durante este foro se debatieron cuestiones relativas a las pruebas digitales, especialmente en relación con la notarización electrónica y las Apostillas electrónicas.

En este marco, nuevamente se reiteró que el espíritu y la letra del Convenio de La Haya sobre Apostilla no son óbice para el uso de la tecnología moderna con vistas a mejorar el funcionamiento práctico del Convenio. Además, el foro reconoció que la implementación del e – APP no sólo beneficia a las autoridades competentes, sino también al propio usuario de Apostillas (como solicitante o como destinatario final), ya que permite "mejorar considerablemente el funcionamiento global del Convenio, así como aumentar de forma palpable la seguridad y combatir eficazmente el fraude."

Asimismo, el Foro recordó que "los Estados deben poner todo su empeño en alcanzar los más elevados niveles de exigencia en la expedición y la administración de credenciales digitales para las Autoridades competentes, en particular, exigiendo la comparecencia en persona ante una autoridad de registro cualificada que funcione en nombre de una autoridad de certificación encargada de expedir los certificados digitales para firmar digitalmente las e – Apostillas." Por otra parte, "exhorto a los Estados a reconocer las e – Apostilles extranjeras expedidas de acuerdo con el modelo sugerido en el e – APP" y en este contexto recordó que "la importancia probatoria de las Apostillas, tanto si son expedidas en soporte papel como en formato electrónico, depende de las normas correspondientes de la jurisdicción en la que se presentan". Finalmente, el Foro reconoció que "el modelo de e – Register sugerido en el e – APP constituye una herramienta de incalculable valor para la mejora del uso y la consulta de los registros de Apostillas para verificar el origen de las Apostillas".[22]

4. La puesta en práctica del e – APP

Nº 18, de marzo de 2007 a la atención del Consejo de abril de 2007 de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, p. 7. Disponible en http://www.hcch.net

[22] Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Cuarto Foro Internacional sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas y pruebas digitales. Conclusiones y

En febrero de 2007, el Estado de Kansas (Estados Unidos de América del Norte) emitió la primera e- Apostilla de prueba de acuerdo con el modelo sugerido según la e-APP, y Colombia, el Estado receptor, oficialmente indicó su aceptación a esta e- Apostilla de prueba. A partir de entonces, estas dos jurisdicciones, quedaron en condiciones para completar las autenticaciones de documentos públicos de forma totalmente electrónica.

Asimismo, el Estado de Rhode Island se incorporó al Programa Piloto adoptando e implementando el software de Registro del Programa, que es gratuito y de código abierto. En consecuencia, cualquier interesado puede realizar una búsqueda en línea para una apostilla emitida por los funcionarios de Rhode Island, ingresando el número y la fecha, y el registro mostrará automáticamente si se encuentra una entrada correspondiente, permitiendo a las partes receptoras verificar el origen de la apostilla de manera rápida y eficiente.

En octubre de 2007, Bélgica se convirtió en el primer país europeo en implementar uno de los dos componentes del e – APP: el e - Registro[23]. Y trabaja activamente para poner en práctica también la emisión de e – Apostillas. En efecto, ya ha indicado su intención de aceptar las e – Apostilles extranjeras emitidas de conformidad con el modelo del e – APP y estudia actualmente las modalidades técnicas necesarias a tal fin.

Por su parte, a partir del 4 de octubre de 2007, la República de Colombia expide un nuevo certificado de Apostilla en el marco del Programa Piloto de Apostilla Electrónica (e-APP)[24] cuyas características básicas son totalmente compatibles con el modelo sugerido y son las siguientes: 1) Las Apostillas se imprimirán en blanco y negro, en papel normal, eliminando el papel de seguridad usado hasta el momento. 2) Las seguridades del actual Certificado de Apostilla se reemplazan e incrementan al utilizarse certificados digitales y firmas encriptadas, de conformidad con las recomendaciones y conclusiones del Tercer Foro Internacional sobre Evidencia Digital llevado a cabo en Los Ángeles el 29 de mayo de 2007 en cuyo seno se discutió en detalle el Programa Piloto (e-APP). 3) La autenticidad de las Apostillas emitidas por la República de Colombia se puede seguir verificando mediante e! registro electrónico al cual se accede a través del portal www.cancilleria.gov.co/apostilla. 4) El uso del certificado digital garantiza que la versión electrónica de la Apostilla no ha sido adulterada.

Asimismo, en la Región de Murcia (España), la implementación del componente de e – Apostillas ha sido concluida en su fase técnica y la primera e – Apostilla será emitida en un futuro cercano. En primer lugar, se ha contemplado la emisión de e – Apostillas con respecto a asuntos relativos a la adopción internacional, pero más adelante, se ampliará a todos los documentos públicos presentados al Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Recomendaciones. 29 y 30 de mayo de 2008, Nueva Orleans, Luisiana, EEUU. Disponible en http://www.hcch.net

[23] Véase: http://www.diplomatie.be/FPSFAWeb/Consular/LegalWeb/WebUI/Pages/LegaliNetSearchPage.aspx

[24] Véase: http://www.cancilleria.gov.ar/apostilla

Por otro lado, el Reino Unido intentará implementar los dos componentes del e – APP, a mas tardar, en marzo de 2009. Bermudas también anunció que implementará un e – Registro, y contará con la capacidad de expedir e – Apostillas en el primer trimestre de 2009.

Sin embargo, y por el contrario, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia de España, con motivo de una consulta de del 21 de noviembre de 2007 del Encargado del Registro Civil de Zaragoza relativa a la aceptación en dicho país de la apostilla electrónica, con fecha 30 de abril de 2008, informó que "en la actualidad el Programa Piloto de Apostilla Electrónica no reúne las condiciones exigidas en cuanto a seguridad jurídica exigidas por nuestra legislación... [E]l procedimiento de apostilla electrónica puede encajar en los sistemas anglosajones en los que de trata de documentos oficiales que se apostillan y otros de simple legitimación de firmas, documentos que por tanto no gozan de los efectos de nuestros documentos públicos pero tal y como está establecido el procedimiento en la actualidad no es incardinable es nuestro sistema...".

VII. REFLEXIONES FINALES

1. Los cambios que se han generado debido a la irrupción de la sociedad de la información, en general y por INTERNET, en especial se hallan en un período de construcción que abre nuevas posibilidades en tanto y en cuanto ofrece vías y formas de interactividad que conllevan delicadas implicaciones de índole jurídica.
2. La sociedad se encuentra sometida con INTERNET a nuevos desafíos y posibilidades, que merecen respuestas eficaces a la compleja realidad de nuestro tiempo.
3. El Derecho debe asumir el compromiso y la responsabilidad de crear y brindar a los operadores de este revolucionario medio de comunicación normas claras y apropiadas para regular las distintas relaciones jurídicas que nacen, se desarrollan, modifican y extinguen en el ciberespacio.
4. Uno de los problemas esenciales que plantea INTERNET es el de la seguridad ya que de él depende la confianza de la red.
5. La labor realizada por los más importantes foros de codificación internacionales constituye un paso significativo hacia la armonización legislativa de los diversos aspectos que involucra el comercio electrónico encarada, con variados matices y alcances.
6. Con tales fines, la Conferencia de La Haya ha orientado gran parte de sus trabajos para poner al Derecho Internacional Privado a la altura de los desafíos de la Sociedad de la Información, entre los que destaca el Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (e – APP).

7. Teniendo en cuenta que los documentos electrónicos y las firmas digitales están a la orden del día, una Convención tan exitosa como la de la Apostilla, debe adaptarse al nuevo medio electrónico y a las nuevas tecnologías.
8. El e – APP procura, en tal sentido, brindar las herramientas técnicas a los Estados parte para mejorar el funcionamiento práctico de la Convención de 1961 en el espacio virtual, a través de la emisión de apostillas electrónicas y de la creación de registros electrónicos de apostillas.
9. Por ello, consideramos aconsejable que la República Argentina evalúe la posibilidad de implementar gradualmente ambos componentes del Programa Piloto propuesto por la prestigiosa Conferencia de la Haya, para así coadyuvar a la obtención de mayor confianza y óptima seguridad a quienes interactúan en el espacio virtual.

ASUNCION DE LOS MEDIOS ELECTRONICOS EN LA LEY PANAMEÑA SOBRE LITIGIOS INTERNACIONALES

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

I. INTRODUCCION

En 1° de Agosto de 2006, Panamá promulgó la Ley 32 la que, según su artículo 4 "adiciona el Capítulo IV, denominado Proceso Especial de Resolución de Conflictos Internacionales en Materia de Derecho Privado, al Título XII del Libro II del Código Judicial, contentivo de los artículos 1421-A, 1421-B, 1421-C, 1421-D, 1421-E, 1421-F, 1421-G, 1421-H, 1421-I, 1421-J". En la exposición de motivos el legislador reconoce que ella se basa en el Proyecto de Ley Modelo Latinoamericana para Juicios Internacionales, presentada en la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, realizada en Madrid, España, en Junio 24 de 2004. En esta ocasión deseamos comentar dos de los preceptos: el que se ocupa de la prueba extranjera, concretamente el Artículo 1421-H, y el Artículo 1421-J, sobre el *forum non conveniens*.

II. PRUEBA EXTRANJERA

Este tema encierra en su consideración algunas cuestiones acerca de quien debe probar, dicho en otros términos sobre quien recae la carga de la prueba del derecho extranjero, y la manera de actuación cuando resulta imposible acceder al contenido del derecho extranjero.

El artículo 1421 H establece que: ***"Será admisible la prueba producida en juicios extranjeros y quedará sujeta a la libre apreciación del tribunal nacional. El proponente de documentos extranjeros podrá presentar solo la parte relevante de estos, debiendo incluir la sección que permita identificarlos. El contenido del Derecho extranjero podrá probarse mediante documentos oficiales del país en cuestión, como por ejemplo el texto mismo de la ley y las sentencias judiciales. También podrá recurrirse a la doctrina y a las opiniones de profesionales versados en la materia, sean nacionales o extranjeras. El tribunal apreciará tal prueba discrecionalmente, para lo cual podrá tomar en cuenta publicaciones en Internet, particularmente aquellas de sitios oficiales".***

En primer lugar, no puedo dejar de señalar la importancia que reviste la inclusión de esta disposición en el texto normativo bajo análisis, dado que por un lado este precepto se inserta en una corriente francamente moderna en la reglamentación del litigio internacional y por el otro, porque recibe una marcada influencia del derecho del *common law,* que le da un contenido práctico a las reglas que introduce. En segundo término, resulta necesario destacar que este

artículo. el 1421, H, debe ser leído conjuntamente con el artículo 1421, J. que establece: ***"En litigios internacionales, el tribunal nacional, a pedido de las partes, podrá aplicar en materia de indemnización y de sanciones pecuniarias conexas a tal indemnización, los parámetros y montos relevantes del Derecho extranjero pertinente".*** Tal como se advierte, una primera mirada revela que aparece en la norma de derecho internacional privado, un nuevo criterio en el elenco de puntos de conexión. En efecto, se sujeta tanto el monto indemnizatorio como las sanciones pecuniarias conexas a tal indemnización, al derecho extranjero aplicable en el caso. Por ende, esta especial circunstancia tiene su origen en la voluntad del legislador de desalentar a algunas empresas que de forma inescrupulosa agreden el territorio de los países latinoamericanos con desechos, con desperdicios, o bien, despreocuparse por la salud de los trabajadores que cumplen sus tareas en países latinoamericanos, porque son conscientes de la precariedad de las leyes sancionadas en materia de indemnización si en todo caso existen, así como los topes, las tarifas indemnizatorias que tendrán que enfrentar son muchísimo más reducidas, insignificantes[1].

Si se mira la concreta redacción de la norma, resulta de toda evidencia que el legislador panameño ha pensado en otorgar a las partes en materia de prueba extranjera, condiciones de agilidad, practicidad, para favorecer su producción en litigios internacionales. No se trata aquí de un tema para nada baladí, si se repara que numerosos países americanos, como es el caso de la República de Panamá, no han adherido a la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado que precisamente, establece la obligación de aplicar el derecho extranjero de oficio.

Sin perjuicio de lo precedentemente señalado, destaco que esta convención recepta la teoría del uso jurídico que según su más conspicuo defensor, sostiene que la teoría con rigor separa "el problema de la naturaleza del objeto de referencia de la norma indirecta de importación, del tratamiento de este objeto en el proceso. En cuanto al objeto de referencia se opone a la teoría jurídica la del uso jurídico extranjero", dado que en efecto, se considera como contrario al derecho internacional público que un país intente crear derecho de otro país. Al contrario, no hay objeción de que "la norma indica el *uso jurídico extranjero*, es decir ordenando al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por lo tanto, un *hecho* y no *derecho*, por exigir del juez la verificación de un *juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas*".

Ello ocurre para empezar, señala el autor que seguimos, con la oposición innegable entre quienes conciben el objeto referido por la norma del derecho internacional privado como el *derecho* extranjero y quienes estiman que es el *uso jurídico* extranjero. Y ello es así, aunque los partidarios de la primera doctrina no se contentan con identificar derecho extranjero con norma extranjera

[1] *Vid.* Como antecedente el artículo 14 de la propuesta de Ley Modelo Latinoamericana para juicios internacionales del 2004 (XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados en Madrid, Junio 24, 2004 por Henry Saint Dahl, Secretario General Adjunto de la FIA.)

sino que encuadran en este término "la norma interpretada por ciencia y jurisprudencia; aun en el último caso representa la norma una entidad jurídica y no de hecho". Una característica de la teoría que se basa en la diferenciación radical entre derecho propio que se crea y "derecho" extranjero que se copia, diferenciación ésta que separa la teoría del uso jurídico de cualquier otra que identifica cualquier derecho, tanto el propio como el extranjero, con un mero uso judicial: Derecho es lo que el juez hace (*judge made law*). Por el otro lado, "la teoría del uso jurídico desemboca en la probable *sentencia* del juez extranjero lo que la extraña de cualquier otra que visualiza la *norma* extranjera, aunque emplea para su interpretación jurisprudencia y doctrina. El derecho extranjero constituye un hecho de notoriedad universal, se milita también a favor de la aplicación oficial del uso jurídico extranjero, pero se alega como fundamento que su verificación descansa en "principios de la experiencia" ("Erfahrungssätze") contemplándose como fundamento el hecho notorio". En efecto la teoría del uso jurídico extranjero ha sido receptada por el art. 2º de la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, firmada en Montevideo en 1979 en la CIDIP II, y aprobada por ley argentina 22.921 (ADLA, XLIII-D, 3819), y por el art. 1º del Tratado argentino-uruguayo sobre aplicación e información sobre derecho extranjero (ley 22.411 -ADLA, XLI-A, 177), ratificado el 12/V/1981[2].

Cabe observar que una destacadísima jurista venezolana, la Profesora Tatiana B. de Maekelt afirma que el art. 2º de la Convención recepta la teoría del uso jurídico. En efecto, la gestación de esta disposición muestra que ella sigue la propuesta de la delegación argentina, y ésta a su vez repite el art. 5º del Proyecto Oficial argentino de un Código de derecho internacional privado[3]

A pesar de la altura de los juristas nombrados precedentemente, siento no compartir los fundamentos de la teoría del uso jurídico extranjero. En efecto, tal como lo he manifestado en numerosos trabajos de mi autoría el derecho extranjero[4], es desde el punto de mira de la naturaleza, derecho y extranjero. No es un hecho, no es un mero hecho, y tampoco un hecho notorio. Dicho en otras palabras no tiene naturaleza fáctica alguna. Sostener lo contrario es aceptar que la línea imaginaria llamada frontera tiene virtualidad suficiente como para transformar la esencia de lo que es, concretamente lo que es derecho en hecho.

Por ende, en todo caso habría tres líneas de pensamiento en la materia, dos extremas y una intermedia. La primera que sostiene que es derecho y extranjero, la denominada teoría jurídica, la

---

[2] *Vid*. http.//www.laleyonline. com.ar/app/la ley. *Vid*. MAEKELT, Tatiana B. "Normas generales de derecho internacional privado en América", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, en p. 155, nota 445. El art. 23 del Cód. Civil portugués de 1966 establece a su turno lo que sigue: "A lei extrangueira é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas. Na impossibilidade de averiguar o conteudo da lei extrangueira, recorrer-se-a á lei que for subsidiariamente competente, devendo adoptar-se igual procedimento sempre que náo for possível determinar os elementos de facto ou de direito de que dependa a **designaáo** da lei aplicável".

[3] Ver MAEKELT, T. Página 75, nota 157.

[4] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Colección de análisis jurisprudencial.* Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina 2004. Segunda Reimpresión 2007.

segunda que es un hecho, la teoría fáctica, y por último la intermedia, que sostiene que es un hecho notorio, y la denomina teoría del uso jurídico.

Para la primera, el derecho extranjero en el proceso merece ser aplicado de oficio, para la segunda, debe ser alegado y probado y para la última, también es aplicado de oficio.

Quizás ambas líneas de pensamiento extremas puedan atemperarse, atenuarse, dado que la teoría jurídica puede permitir la facultad a las partes de allegar al litigio internacional los elementos probatorios para colaborar, cooperar con el tribunal estatal. Y con respecto a la otra posición, la teoría fáctica, se permita ampliar las vías de admisibilidad y medios probatorios, incorporando todo el elenco disponible, incluyendo la testimonial, la informativa, la pericial, hasta el empleo de los medios tecnológicos modernos obtenidos a través de Internet.

Cabe recordar que, en el Derecho Internacional Privado argentino, más allá de la polémica doctrinaria entre los juristas especialistas en el área, desde el punto de vista legislativo coexisten las tres corrientes precedentemente expuestas: la teoría jurídica, que entiende que el derecho extranjero es derecho (Protocolo Adicional, Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, entre las principales convenciones internacionales en la que la República Argentina es parte); la teoría fáctica, que considera que es un hecho, que se encuentra receptada en el artículo 13 del Código Civil y su nota explicativa, y la teoría del uso jurídico, que palpita en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de 1979, en vigor en nuestro país.

Con buen criterio, la disposición de la Ley panameña que comentamos permite a las partes acompañar sólo la parte relevante de los documentos debiendo incluir la sección que permita identificarlos. Desde mi mira, las partes si lo desean pueden acompañar la totalidad de los documentos para facilitar su acabada comprensión por parte de los tribunales.

En suma, en materia de prueba del contenido del derecho extranjero, si bien la norma analizada no se atreve a insertarse en la teoría jurídica que propicio, no puedo dejar de ver como un avance la sanción de la Ley 32 en cuanto demuestra una loable flexibilidad, practicidad, en tanto y en cuanto abre el abanico de posibilidades para lograr probar el contenido del derecho extranjero, admitiendo diversos medios probatorios que denota su preocupación por insertarse legislativamente en las tendencias contemporáneas imperantes.

Si bien es cierto que Latinoamérica consiguió prosperar significativamente mediante la sanción de célebres convenciones internacionales, dando lugar al desenvolvimiento del llamado *hard law*, tales como el Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y las Convenciones Interamericanas, (CIDIP), entre las principales obras codificadoras, no lo es menos que ello no es óbice para avanzar en la armonización legislativa mediante la adopción del llamado *soft law.* Entre las modalidades disponibles destaca entre las principales, las leyes modelo. Tal como es sabido, una ley modelo, es un marco orientador, una guía, un parámetro que se ofrece a los legisladores

de los países latinoamericanos que pueden considerar adoptar para mejorar el desarrollo de los procesos internacionales[5].

En este último aspecto, y respondiendo al clamor por la modernización de normas procesales internacionales en materia de derecho privado, debemos mencionar la propuesta presentada ante la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados de Ley Modelo Latinoamericano para Juicios Internacionales, celebrada en Madrid el 24 de junio del 2004.

Esta propuesta en la exposición de motivos reconoce que los derechos estaduales le brindan poca atención a la teoría de la prueba extranjera en general, como así tampoco se dedican a examinar si algunas de las pruebas que se emplean válidamente con arreglo a la pertenencia a las distintas familias jurídicas existentes, son realmente admisibles, viables. Ello ocurre, por ejemplo entre otras, con las *"depositions"* o el "*discovery*" del derecho anglosajón. Por ello resulta trascendental que los países latinoamericanos se ocupen de sancionar reglas que regulen los litigios internacionales, en los aspectos que se encaran en la ley panameña bajo análisis.

Si bien es cierto que desafortunadamente tal como lo manifesté, no llego a concordar con alguna de sus soluciones concretas del texto en estudio, no puedo desconocer el avance significativo que implica la elaboración, la sanción de un texto normativo que se dedique a la regulación de la prueba extranjera, sobre todo cuando lo hace mediante reglas prácticas que incidirán en la resolución más rápida, menos costosa de los litigios internacionales. Tal es su mérito. Ello sin lugar a dudas, beneficia a los justiciables, a las empresas y al propio Estado que se encuentran involucrados por el fenómeno de la globalización, de la internacionalización.

Analizaré seguidamente el segundo de los preceptos objeto de este comentario, referido al *forum non conveniens.*

III. FORO NON CONVENIENS

La disposición que regula esta delicada como poco explorada cuestión en el derecho internacional privado argentino, es el artículo 1421-J, que textualmente dice: ***"Los juicios que se entablan en el país como consecuencia de una sentencia extranjera de forum non conveniens, impiden que se genere competencia nacional. Por ello, deben rechazarse de oficio por incompetencia por razones de orden constitucional o por disposiciones de competencia preventiva".***

Cabe recordar que la doctrina del *forum non conveniens* se originó en el *common law* escocés y luego fue adoptada por otros Estados y tribunales marítimos. Los escoceses crearon esta doctrina

[5] Puede verse el texto de la Ley 32 íntegro en *DeCITA* (*derecho del comercio internacional – temas y actualidades*), nº 3, 2005, pp. 392-399 y de la ponencia de Ley Modelo de Henry Saint Dahl, Secretario General Adjunto de la Federación Interamericana de Abogados.

para contrarrestar el indebido gravamen que surgía por el embargo y desposesión de bienes extranjeros con el objeto de forzar a los extranjeros a comparecer ante tribunales escoceses. Para desestimar las causas, además de que el foro fuera poco práctico, se requería que hubiese otro tribunal, de jurisdicción competente en donde los casos pudieran ser ventilados de manera más adecuada a los intereses de todas las partes y de los fines de la justicia.

En este sentido, cobra especial relevancia el primer reconocimiento con fuerza de autoridad de la Suprema Corte sobre la doctrina, que concretamente se dio en el caso "Gulf Oil Corp. V. Gilbert"[6]. No obstante debo recordar que excepcionalmente países pertenecientes a otras familias jurídicas la han adoptado, tal como ocurre en el artículo 3135 del Código Civil de Québec, que dispone "*Aún y cuando una autoridad de Québec sea competente para conocer de un litigio, a solicitud de una de las partes, ésta puede excepcionalmente declinar dicha competencia si estima que las autoridades de otro Estado están en mejor posición que ella misma para conocer de tal litigio"* , o en Japón, conforme la regla que permite que un tribunal pueda desestimar un caso por falta de jurisdicción, si *"sostener la jurisdicción de los tribunales japoneses resultaría en una contradicción a los principios que garantizan la igualdad de condiciones entre las partes y mantienen la pronta y apropiada administración de justicia*"[7].

Básicamente y solamente para ubicar al lector en tema para comprender la ley panameña, esta doctrina sostiene que un tribunal puede declinar en determinadas circunstancias el ejercicio de su jurisdicción si éste fuera un foro impráctico y existiera un foro alterno adecuado, en virtud del interés de la resolución fácil, expedita y no onerosa en otro foro.

De este modo, tal como claramente se puede ver, subyace en esta doctrina la idea que por lo menos hay dos tribunales de jurisdicción competente ante los que se puedan ventilar el caso en cuestión, y así lo ha expresado la jurisprudencia cuando ha establecido que:

"Para determinar si se debe desestimar una demanda sobre las bases de *forum non conveniens*, un Juzgado Federal de Distrito, debe examinar la relativa facilidad del acceso a las fuentes de prueba y disponibilidad de los testigos mediante la revisión de la sustancia de la controversia entre las partes para evaluar qué prueba se requiere y el tribunal debe determinar si las piezas de prueba citadas por las partes son críticas, o incluso relacionadas, a la causa de la acción, por lo

[6] LITMAN, Harry. "Considerations of Choice of Lay in the Doctrina of Forum Non Conveniens", *California Law Review*, Número 74, pág. 1986, pág. 565 donde señala: "Los actores en este caso interpusieron ante el Distrito Sur de Nueva York, una demanda basada en la diversidad, argumentando el incendio negligente de una bodega en Virginia. La Corte sostuvo que el Juzgado de Primera Instancia no había abusado su discreción al otorgar una desestimación basada en el *forum non conveniens*. Mientras que la Corte específicamente se negó a considerar las circunstancias que justificarían el ejercicio de la doctrina, formuló la que se ha convertido en la bien conocida lista de dos grupos de factores: factores de intereses privados y factores de intereses públicos. Los primeros comprenden la relativa facilidad para acceder a los medios de prueba; la disponibilidad de un procedimiento obligatorio para las partes que no deseen comparecer voluntariamente y el costo de lograr la comparecencia de las partes que deseen asistir, de testigos; la posibilidad de ver el lugar, si tal cosa resultare apropiada en el contexto de la acción y otros problemas prácticos que facilitarían ventilar el caso en cuestión de modo expedito y a bajo costo".

que el tribunal se ve forzado a adentrarse en el fondo de la controversia subyacente en razón de los factores de interés público relevantes tales como el interés local en tener determinadas controversias decididas en casa y el interés de ventilar casos de diversidad en un foro que tenga conocimiento del derecho estatal que debe gobernar el caso, cuyos factores deben ser evaluados en atención a la conducta alegada como culpable- a menudo la cuestión en controversia – y la conexión de esta conducta con el foro elegido por el actor”[8].

El artículo 1421 J, estaría indicando que el principio de competencia preventiva, la célebre *perpetuatio iurisdictionis*, prohibiría la competencia cuando el caso se encuentra radicado en el extranjero, pero que el abuso del *forum non conveniens* obliga a que a través de una regla explícita se impida la competencia de los jueces nacionales en tales supuestos. Esta es una sabia solución, aunque sin embargo no puedo obviar que el empleo de este recurso por parte de los jueces no es para nada ingenuo. En efecto, algunos tribunales suelen abusar de esta doctrina tornándola sumamente insegura, hasta peligrosamente maleable, transformándose en la mejor forma para que un tribunal no juzgue un caso acontecido en otro país, aunque tenga jurisdicción sobre él.

Aquí habrá quienes por una parte consideren, tal como lo hacen los profesores José Antonio Tomás Ortiz de la Torre (Universidad Complutense de Madrid) y Francisco Javier Zamora Cabot (Catedrático de Derecho Internacional Privado, de la Universidad Jaime I de Castellón - España), que "…tal vez el propio *forum non conveniens* funciona en la práctica como un mecanismo para inhibir en los EEUU las demandas allí planteadas a causa de los múltiples desmanes que sus corporaciones multinacionales vienen perpetrando a lo largo y ancho del mundo”[9]. Estos autores posiblemente hayan pensando en los trabajadores de varios países latinoamericanos (sobre todo provenientes de Nicaragua, Honduras, Costa Rica), ya no de Panamá, que se han visto, por la acción de empresas que actúan en esos territorios, seriamente afectados en el cumplimiento de sus contratos de trabajo por sustancias tóxicas (como el conocido DBCP) que les provocaron daños a la salud irreparables. Por otro lado, habrá quienes piensan, con no menos sentido que resulta equitativo que los justiciables puedan disponer del mayor número de foros ante quienes plantear sus reclamos válidamente en la esfera internacional.

IV. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

1) Que resulta altamente significativo que se implementen instrumentos jurídicos en materia de litigios internacionales que incorporen dentro de sus disposiciones el tratamiento de cuestiones sensibles, inexploradas, como la prueba del derecho extranjero, monto de las indemnizaciones, y el *forum non conveniens*.

---

[7] Mukoda v. Boing Co. 31. Japanese Ann. In´l L. 216, 1988.
[8] Van Cauwenberghe v. Biard, 486 US 517 (1988).
[9] TOMAS, J.A. y ZAMORA, F.J.: "Comentario a la Ley Modelo Latinoamericana para Juicios Internacionales del Prof. Henry Dahl", comentario al artículo 15 de dicha ley, que rechaza el foro no conveniente.

2) Que resulta de toda conveniencia que se inste a los tribunales que al momento de la apreciación de la prueba del derecho extranjero, puedan, tal como surge de la última parte del artículo 1421 de la Ley Panameña, entre otros medios tradicionales, tomar en cuenta publicaciones en Internet, particularmente aquellas de sitios oficiales.

3) Que si bien puedo discrepar con algunos puntos de las soluciones analizadas, veo como positiva la sanción de la Ley Panameña, por la practicidad, por la simpleza con que son expresadas.

4) Que insto a las autoridades de la República Argentina a sancionar un Código, un cuerpo orgánico que se ocupe de legislar en materia de Derecho Internacional Privado, inclusive en el área del Derecho Procesal Internacional, convocándose para ello, a juristas de la especialidad de la totalidad de las más prestigiosas Universidades del país a fin la elaboración de un proyecto que permita el debate de ideas, el respeto de la participación democrática.

CAPITULO VII

MEDIOS DE PAGO EN EL COMERCIO ELECTRONICO

LA CONTRATACION ELECTRONICA BANCARIA Y LA LEX INFORMATICA

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas, Flavia. A Medina, Mónica S. Rodríguez, Luciana B. Scotti y Yamila C. Cárdenas

I. INTRODUCCIÓN

Nos hallamos en la aldea global en la que vive la humanidad, dentro de un contexto signado por la globalización, insertos en un entorno tecnológicamente sorprendido ante el incesante incremento de las vías de comunicación que favorecen la celebración de negocios más allá de las fronteras, que superan los límites geográficos de los Estados. Internet entre muchas otras implicancias, ha provocado una suerte de erosión de las fronteras, de los hitos territoriales, una suerte de deslocalización que si bien no impide, complica su regulación a la usanza tradicional por parte de las soberanías estatales.

Resulta sabido, que en materia de comercio electrónico y de contratación internacional celebradas a través de medios electrónicos, el pago de las obligaciones pecuniarias convenidas puede efectuarse *off line* a través de los mecanismos tradicionales, como el dinero efectivo, los cheques, las transferencias de fondos y las tarjetas de crédito y de débito, que sin embargo, no suelen ser los medios más apropiados para efectuar los pagos por Internet, dado que no brindan las seguridades necesarias para la consolidación del comercio electrónico. A fin de reducir estos problemas de seguridad, se han creado sistemas de encriptación, entre los que destacan el SSL (*Secure Sockets Layer*), fundado por Netscape, y el SET (*Secure Electronic Transactions*), creado por Visa y Mastercard, con el apoyo de otras entidades financieras. En líneas generales, estos mecanismos permiten resguardar los datos privados de la persona durante la transmisión en Internet.

Pero el pago en el comercio electrónico también puede realizarse a través de la misma red, en el espacio virtual. Estos últimos instrumentos pueden ser también del tipo tradicional pero con ciertas adaptaciones al nuevo medio, tales como las cartas de crédito, los cheques electrónicos o las *smart cards*. Otros medios de pago, en cambio, son exclusivos, propios de Internet, como el denominado dinero electrónico, que permite asegurar la confidencialidad y el anonimato de las partes que intervienen en la transacción. En este contexto, surge lo que se conoce como banca electrónica.

En esta oportunidad, nos centramos en la carta de crédito utilizada en las operaciones electrónicas, en particular de los e-UCP, publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI siglas en castellano o ICC siglas en inglés, indistintamente) y su vinculación con la *lex informatica*.

II. LEX INFORMATICA Y CARTAS DE CRÉDITO[1]

En el comercio internacional, el medio de pago más utilizado por los operadores de negocios es la carta de crédito. Las mismas se rigen por las *brochures* de la Cámara de Comercio Internacional, quien recopila usos y costumbres vigentes de esta práctica bancaria. Recientemente, en 2007, la CCI editó la última versión de las reglas uniformes para crédito documentario (UCP 600). Asimismo, en el año 2002 y ante el creciente empleo de los medios electrónicos en este tipo de contrataciones la Cámara publicó los e-UCP versión 1.0. Su texto no dista mucho del vigente en ese momento (UCP 500), adaptando el mismo a la problemática de la Internet.

Por ello, aquí nos cuestionamos si, este tipo de "reglas" son suficientes para regular las cartas de crédito y qué sucede cuando estos usos y costumbres así recopilados se contraponen con la normativa de los Estados, como en el caso de exceso en la exención de responsabilidad a los bancos intervinientes. Nuevamente nos enfrentamos a un antiguo dilema del derecho comercial internacional: la naturaleza y validez de la llamada *lex mercatoria*. Ahora, en su versión electrónica o informática.

III. UNA APROXIMACIÓN A LA LLAMADA "LEX INFORMATICA"

Si bien es cierto que el espacio virtual parece no responder a las tradicionales fronteras geográficas, lo que ha permitido a los juristas suponer que corresponde un modelo de regulación descentralizado, basado fundamentalmente en una creación de normas propias y mecanismos de solución de las controversias al margen de los legisladores estatales, no lo es menos que tales particulares circunstancias no constituyen un obstáculo para que los derechos estaduales se encuentren legitimados para sancionar, aplicar reglas en esa esfera.

Qué hubiera sido de la humanidad, nos preguntamos, si la imprenta, el vapor, la televisión, se hubieran erigido en inventos de la humanidad con suficiente virtualidad como para desprenderse de la regulación de los derechos estaduales?. O no son ellos, todos al igual que la NET, creaciones humanas y por ende regulables por los derechos estaduales?. Aquí se impone una sola respuesta, a menos que queramos volver a vivir en las cavernas y veamos al mundo fluir a través de la luz que se refleja en sus paredes. No compartimos la idea propugnada por los libertarios que afirman que los Estados además de provocar una molesta intromisión, entorpecen las operaciones comerciales que se desarrollan en Internet.

Desde nuestra mira, ante la pregunta de si el llamado "espacio" cibernético, virtual, debe o no, estar sujeto a algún tipo de regulación jurídica, ante el interrogante sobre si la net es un espacio *ajurisdiccional*, o bien *multijurisdiccional,* nos inclinamos decididamente por la tesis afirmatoria, cuyo postulado es que el espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, debe ser jurídicamente reglado por los Estados. No se trata de un entorno ajeno a las reglas de derecho, a

[1] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. "La Lex Informatica: la insoportable levedad del no ser". Capítulo en Estudios en Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky. Pág. 273/296,Editorial Advocatus. Córdoba.

las tradiciones, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real. Todo lo contrario[2].

No es la NET tierra de nadie, ni de algunos, sino como es de todos, corresponde a los ordenamientos jurídicos nacionales su regulación.

Por ello, pensamos, propiciamos que en lugar de acciones unilaterales, separadas emprendidas por cada Estado, se impone la realización de esfuerzos, labores coordinadas por parte de los Estados a fin de lograr resultados eficaces en la materia. Dicho en otras palabras, como en muchísimas áreas, se impone una tendencia que se mueve hacia la armonización legislativa en el nivel regional y universal, una cooperación mediante acciones de los Estados que no excluye obviamente la labor de los legisladores nacionales.

En el caso de las cartas de crédito, su regulación ha quedado prácticamente, en forma exclusiva, reducida a las *brochures UCP* de la Cámara de Comercio Internacional. Como ya expresáramos, estas reglas no son más que una recopilación de usos y costumbres y, por ende, forman parte de lo que se conoce como *lex mercatoria.*

IV. LAS REGLAS UCP

Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre crédito documentario, son ya de larga data y, en general los tribunales argentinos no objetan su aplicación en este tipo de contratos. Sin embargo, muchas veces se limitan algunas de las cláusulas de exención de responsabilidad de los bancos. Ello por cuanto de mantenerse, se produciría una ruptura, una quiebra en la necesaria equidad que debe regir entre las partes firmantes de un contrato internacional.

A lo largo de su articulado, encuentran tratamiento la mayoría de los problemas específicos planteados por las cartas de crédito, no sin dejar de inclinarse, en algunos casos, a favor de la parte más fuerte generalmente de estos contratos: los Bancos. Ello quizás debido, como ya expresáramos, a su origen: reglas creadas a partir de los usos y costumbres impuestos por las propias entidades financieras mediante la reiteración de ciertas prácticas. Este aspecto, también nos motiva a opinar en contra de la “omnipresente” *lex mercatoria*, tal como se desarrollara en el acápite anterior.

A su turno, los e-UCP, en vigencia desde el 1 de abril del 2002, son un suplemento de los UCP que, usados en conjunción con ellos, proveen las reglas necesarias para la presentación de los documentos electrónicos equivalentes a los documentos en soporte papel para las cartas de crédito. Los 12 artículos de los e- UCP funcionan “*en tandem*” con los UCP 500 cuando tiene lugar la presentación (total o parcial) de documentos electrónicos. Ellos cubren un rango de

---

Argentina. 2004.

[2] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. La Lex informatica: La insoportable levedad del no ser. Libro Homenaje a la Doctora Kaller de Orchansky, obra citada. Pág. 273.

temas comunes a los documentos electrónicos, vinculando los e-UCP con los UCP 500[3]. Dentro de estas cuestiones propias del comercio electrónico, como, el formato, la forma de su presentación, el examen de documentos electrónicos, la definición de originales y copias, la fecha que se considerara como fecha de presentación de los documentos, y una especial exención de responsabilidad del banco frente a cualquier problema generado por la transferencia electrónica de datos.

V. REFLEXIONES FINALES

El carácter ácrata de INTERNET, en el momento de sus inicios, constituyó uno de sus principales atractivos, y precisamente dentro de ese contexto inicial acaecido en el siglo pasado, apareció la celebérrima *"Declaration of the Independence of Cyberspace"* de John Perry Barlow. En la actualidad el Derecho no puede desentenderse, permanecer ajeno a este fenómeno, por lo que seguimos atreviéndonos a reflexionar e invitar a quien así lo desee, sobre esta delicada como apasionante cuestión. Máxime cuando el intercambio de ideas gira en torno nada más ni nada menos acerca de lo qué debe considerarse derecho y quienes se encuentran legitimados para su creación, aplicación, y sanción.

Así como no han variado cuando resultan empleados en el comercio electrónico las reglas, los principios generales que regulan los llamados conflictos de jurisdicción, tales como la exigencia de un contacto razonable entre el caso o las partes y el foro, el derecho efectivo de acceso a la justicia, el equilibrio entre las partes, domicilio del demandado, lugar de cumplimiento del contrato, de la prestación más característica o no, el foro del actor (forum actoris) o foro del demandado, contactos mínimos, entre tantos otros; tampoco se hace necesario, sorteando al derecho internacional privado que siempre conduce a los ordenamientos jurídicos estatales, el acudir a la *lex informatica* en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales.

Por ello propiciamos decididamente la aprobación de convenciones internacionales, con estándares mínimos, que operen como respuestas a los problemas inherentes a las cartas de crédito y a su especial enfoca en la versión de la net. Muchos dudan que dadas las dimensiones que ella implica ello sea posible, y toda vez que una ley uniforme involucraría a todos los países, lo cual sumado a la enorme diferencia cultural y jurídica, es poco probable que se consiga una "armonización de gran alcance"[4]. Sin embargo, mientras ello acontezca, nuestra propuesta es que el texto de las UCP sea utilizado como complementario del derecho nacional aplicable y no como fuente autónoma de derecho.

[3] Actualmente, la CCI ha editado en 2007 una nueva versión de UCP –los UCP 600-, pero esto no alcanza a los e-UCP version 1.0 que a la fecha no han sido reformados, y continúan remitiendo a los UCP 500.
[4] MALDONADO ELVIRA. Sergio "El ciberespacio como jurisdicción". 2000

BIBLIOGRAFIA

ADAM, Nahil. *Electronic Commerce: technical business and legal issues.* Prentice Hall. Estados Unidos de Norte América 1999.

ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 41, 2000.

BARCELÓ, Rosa J. *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI).* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España, 2000.

BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 904.

BAUMGARTNER, Jeffrey – Schulze, Corinna. *Don¨t panic!, Do electronic commerce*. Unión Europea. Comisión Europea de Comercio Electrónico. 2000.

BRENNA, Ramón G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" *en Informática y Derecho (Aportes de Doctrina Internacional*). Volumen 7 Comercio electrónico", o en http://ecomder.com.ar

BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

BURNSTEIN, MATTHEW, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law International , Tha hague , 2000, ps. 23-26.

CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.

DICKIE, John, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 1999.

DREYZIN de KLOR, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado,* Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.

FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873 e "Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable", en *Revista Doctrina Judicial* 1999-3-654.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

"La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.

Jurisdicción internacional en materia contractual, en ALTERINI, Atilio A. (dir.*), Colección Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

"La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999.

"La Lex Informática: La Insoportable Levedad del No Ser", Revista Electrónica SERVILEX: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, www.servilex.com.pe.

“Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet”, en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades.* Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.

“La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

“Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.

“Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.

“El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005. “El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

“Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.

FENTIMAN, Richard*, Conflicts of Law in Cyberspace. International Federation of Computers Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law*, Bruselas, 1996.

GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.

GARRO, Alejandro; PERALES VISCASILLAS, Pilar, “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)”, *RCE,* núm. 44, diciembre 2003, pp. 39-56

GAUTRAIS, V., LEFEBVRE, G, y BENYEKHIEF K., "Droit du commerce électronique et normes applicables: l´émergence de la lex mercatoria", en *Revue des Affaires Internationales* (RDAI), 1997.

GELLER, Paul E., "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World", en BERNT HUGENHOLTZ, P (ed.) *The Future of Copyright in a Digital Environment, Proceeding of the Royal Academy of Sciences and the Institute for Information Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1996.

GOLDENBERG, Pablo, MARÍ HERNÁNDEZ, Alvaro, "La Contratación en Internet, en *Revista El Derecho* 170-1093.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas”, *RCE,* núm. 40, julio/agosto 2003, pp. 5-23

“Oferta, perfección y prueba del contrato electrónico”, en RUIZ PERIS, (Dir.), *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp.215-242

Derecho de la Contratación Electrónica, Madrid: Civitas, 2001

MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Astrea,1997.

MORALES ARCE, J.B. "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional" en *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, Contratos electrónicos, Ed. Marcail Pons, Madrid, 1999.

MORENO, Á.G. "El comercio electrónico y su disciplina; ¿un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", en *Derecho de los negocios* (Madrid) 13:145:28 a 47, 2002.

MUÑIZ ARGUELLES, L. "La contratación electrónica y las normas generales de contratación", en *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (San Juan) 71:639 a 654, 2002.

NOODT TAQUELA, María Blanca, “El comercio electrónico en el Mercosur”, en *JA* 2000-IV-1188.

NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-II, ps. 929 a 940.

OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.

"La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ensayos de información jurídica.* Fontamara. México. 1996.

PIAGGI, A.I. "La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce", en *Revista doctrina societaria* (Buenos Aires) Nº 144, 1999.

SALERNO, Marcelo U., "Los contratos en el Mercado Virtual", el *Revista Jurídica La Ley* 1999-E, ps. 1127-1130

SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

SCHAUER, Bernd. “Electronic Comerse in der EU”. Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Viena 1999.

SIRELLI, Pierre, "L´adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l´État", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds*), Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s´applique?* Kluwer Law Internacional. La Haya , 2000.

LA LETRA DE CAMBIO INTERNACIONAL DESDE EL MEDIOEVO AL ESPACIO CIBERNÉTICO: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

Al nome di Dio, di 18 di diciembre 1399.
Pagharete per questa prima lettera al usanza a Brunacio di Ghido
e compagni lb. CCCCCLXXXII s. S X barzalonesi, lequali lb. 472 s.10 sono per la valuta di 900 a
s.10 d.6 (per) sono qui contento da Ricardo
degl´Alberti e compagni. Fatene buon paghamento e ponete al mio conto.
Che Idio vi ghuardi. Ghuiglielmo Barberi. Salute di Bruggia.

I. INTRODUCCION

La letra de cambio es un título de crédito formal y completo que contiene la promesa incondicionada y abstracta de hacer pagar a su vencimiento al tomador o a su orden una suma de dinero en lugar determinado, vinculando solidariamente a todos los que en ella intervienen[1].

Sus caracteres particulares, originales, le posibilitaron cumplir con una función prominente en el área de los negocios internacionales como título de crédito[2], ya que "por las funciones que le son propias, la letra de cambio tiene una vocación internacional, un espíritu viajero que no se conforma con detenerse en los confines de un país sino que, por el contrario, suele recorrer las más variadas vías del mundo"[3].

Por sus propias características, su vocación de internacionalidad, su aptitud para anudar relaciones jurídicas plurilocalizadas, ha alcanzado a consolidarse como instrumento apto para circular en un gran número de Estados antes de llegar a su destino, posibilitando la creación de distintas obligaciones que deben ser reguladas por leyes diferentes. Como consecuencia de lo dicho, resulta posible que la aplicación de diversas legislaciones al mismo documento pueda suscitar en la práctica complicaciones innecesarias que traben, dificulten su libre circulación.

En efecto, "si existe en el ámbito del derecho comercial un objeto de regulación interna que tiene cabal y estricta proyección jurídica internacional, ese objeto es, sin duda, la letra de cambio que,

[1] CAMARA, Héctor. *La Letra de cambio y vale y pagaré*. Tomo II. Ediar. Primera Edición.
[2] VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo III, Turín, 1904, quien la ha definido magistralmente como “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que está expresado en el mismo”. También puede verse GARRIGUES, J. *Tratado De Derecho Mercantil.* Tomo II, Títulos Valores, Madrid, 1955.
[3] APARICIO, Juan M. “Régimen internacional de la letra de Cambio”, *La Ley* 151, pág. 1019.

en su doble carácter de instrumento crediticio y de orden de pago con poder cancelatorio, constituye el medio más usual e idóneo para facilitar las transacciones cambiarias extra locales"[4].

En la esfera internacional, la letra de cambio es utilizada frecuentemente como medio de pago de la compraventa internacional de mercaderías a través de dos mecanismos: uno, la cobranza documentaria y dos, el crédito documentario. En el primer supuesto, se posibilita al vendedor contar con un título valor que además de poder ser descontado para hacerse de fondos antes de su vencimiento, dadas sus características promete celeridad por su fuerza ejecutiva y no propalación hacia el tomador las excepciones derivadas de la relación causal subyacente, en el caso la compraventa, y por el segundo, permite que el vendedor financie el precio como beneficiario del crédito, naciendo la obligación del banco emisor, o del banco confirmador, en aceptar las letras libradas por el vendedor y consecuentemente, pagarlas al vencimiento.

Ante la divergencia de concepciones en materia de letra de cambio internacional, nada sedujo más a la doctrina internacional que tratar de superar tales disparidades legislativas a través de la construcción de reglas unificadas de derecho internacional privado. Así lo entendieron los juristas reunidos en el Congreso Sud Americano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 en el que se asumió la urgencia en resolver los conflictos a que puede dar lugar la diversidad de legislaciones en materia de letras de cambio, llegándose a manifestar que ninguna otra institución jurídica requiere más perentoriamente una legislación uniforme[5]. Tal clamor tuvo respuesta apropiada no solamente en los Tratados de Montevideo de 1889, sino además en las célebres Convenciones de Ginebra de 1930 sobre Ley Uniforme sobre la Letra de Cambio y el pagaré a la orden, la Convención sobre Conflictos de Leyes en materia de Letra de Cambio y Pagaré a la orden y la Convención sobre Timbre en materia de Letra de Cambio, que básicamente contienen normas materiales aplicables tanto a la letra doméstica como internacional[6].

Si bien es cierto que se trata de una figura jurídica de creación medieval, de gran prosapia, empleada fundamentalmente por mercaderes y banqueros desde fines del siglo XII y comienzos del XIII; vinculada íntimamente, como instrumento probatorio y ejecutorio, al contrato de cambio trayecticio (*instrumentum debiti ex causa cambii*); erigida en un instrumento que se ha desprendido de la causa subyacente que le diera origen; es su probada versatilidad la que le permiten adaptarse y desplegarse en el ciberespacio, como instrumento del comercio electrónico bajo la forma de las denominadas letras de cambio digitales, electrónicas, cibernéticas[7].

---

[4] SMITH, Juan C. "El decreto ley 5965/63 y el régimen internacional de la letra de cambio" *La Ley* 115, pág. 840.

[5] Actas del Congreso de Montevideo 1889 y de 1940.

[6] Sobre este tema de normas de derecho internacional privado, entre la extensa bibliografía puede verse la obra BIOCCA, Stella Maris, CÁRDENAS, Sara L. , BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*. Editorial Universidad, 2003.

[7] El presente trabajo toma como base la obra de FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado*. *Reformas al Código Civil. Tomo 18* de la Colección dirigida por los Doctores Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. ISBN 950-20-0764-1 Colección. ISBN 950-20-0777.8, Tomo 18. Argentina, 1994. Puede verse también de FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. y colaboradores la obra *Colección de Análisis de Fallos. Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Reimpresión 2007. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina. 2007.

En este trabajo, me dedico a reflexionar sobre la letra de cambio internacional en la esfera del Derecho Internacional Privado argentino, sirviéndome como disparador una sentencia en la que se plantean una serie de temas íntimamente relacionados; por un lado, una de las denominadas cuestiones propias de la disciplina como es el tema de la aplicación, naturaleza jurídica y tratamiento procesal del derecho extranjero; por el otro, el régimen jurídico internacional aplicable a la letra de cambio en el derecho internacional privado argentino de fuente interna y convencional y finalmente, como broche de oro, el tema de la pesificación de las obligaciones cambiarias.

II. HECHOS Y ARGUMENTOS DE LAS PARTES

El Banco de la Provincia de Buenos Aires promovió proceso ejecutivo por el cobro de la suma de U$S 31.907,88 más sus intereses. El crédito estaba instrumentado en ocho letras de cambio libradas y aceptadas por los ejecutados en la ciudad de Curitiba, Brasil, a favor de Volvo do Brasil Vehículos Ltda. La obligación del aceptante fue avalada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, quien cumplió con el pago de la misma porque correspondía a un crédito documentario para una operación de importación concretada por los ejecutados. Sin embargo, los ejecutados se negaron a abonar al Banco el importe que éste había cancelado.

El ejecutante sostuvo que el crédito responde a una operatoria internacional, lo que lo excluye de la aplicación de las normas de emergencia que dispusieron la pesificación de las deudas contraídas en moneda extranjera en nuestro país.

Los ejecutados opusieron las excepciones de inhabilidad de título y prescripción. Fundaron la primera excepción en los siguientes argumentos:

1. Resulta aplicable al caso la ley argentina por ser este país el lugar donde debían pagarse las letras en ejecución; por lo tanto el crédito se encuentra alcanzado por la pesificación vigente en Argentina, quedando fuera de las previsiones del decreto 410/02, que excluyó de la pesificación a las obligaciones para cuyo cumplimiento resulte aplicable la ley extranjera.
2. Aun si el ejecutante sostenía que su pretensión debía juzgarse bajo normas de derecho extranjero tenía la carga de probar el contenido de la legislación que consideraba aplicable.

Acerca de la excepción de prescripción, los ejecutados alegaron que la acción correspondiente a dos de las letras de cambio se encuentra prescripta por haber transcurrido más de tres años desde la fecha de su vencimiento.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La juez a quo dictó sentencia rechazando las defensas opuestas y mandando llevar adelante la ejecución por la cantidad de dólares reclamados en la demanda. Los ejecutados apelaron tal decisión, sosteniendo que:

1. El fallo es contradictorio pues, tras considerar aplicable al aval la ley argentina, resuelve el caso bajo la regulación del decreto 410/02 cuyo presupuesto es la aplicación de la ley extranjera.
2. Critican los fundamentos expuestos por la sentenciante para desestimar la excepción de prescripción argumentando que el tratamiento de esta defensa bajo la normativa extranjera se contrapone al criterio utilizado para analizar la restante excepción.
3. Cuestionan, además, que la a quo haya recurrido a la legislación vigente en un país extranjero sin que mediara prueba de ese derecho por parte del interesado en su aplicación; pues ello sería contrario a lo que dispone el artículo 13 del Código Civil.

IV. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El 20 de mayo de 2008, la Sala dos de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, integrada por los Doctores Leopoldo Peralta Mariscal y Abelardo Angel Pilotti, dictaron sentencia en los autos "BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES c/ MELENDI Omar Darío y otra S/ COBRO EJECUTIVO" (Expediente Nro. 126.948).

Por resolución de la Presidencia del Tribunal se dispuso como medida para mejor proveer la agregación del texto de la ley vigente en la República Federativa de Brasil sobre letra de cambio, diligencia que fue cumplida a través del pedido formulado a tal fin a la Embajada de ese país.

Las cuestiones controvertidas en la alzada son: 1) determinar si resulta aplicable al caso planteado la ley vigente en nuestro país, que es el lugar de pago de las letras de cambio, o la que rige en el lugar donde las letras fueron giradas y aceptadas; 2) en caso de que resulten aplicables las normas del derecho extranjero, cómo se incorpora al proceso dicha legislación.

El Dr. Pilotti, juez preopinante, fundó su decisión a través de los siguientes argumentos, que llevaron a confirmar la sentencia apelada:

1. El decreto ley 5965/63 derogó el art. 738 del Código de Comercio que contenía la norma de conflicto que convocaba al derecho del lugar donde los actos de presentación, aceptación, pago, protesto y notificación fueran practicados, para resolver las controversias que se suscitaren sobre tales actos. Tal derogación dejó un vacío legislativo para solucionar los conflictos suscitados con motivo de la circulación de las letras, “que debe ser llenado por el intérprete recurriendo a otras disposiciones legales que resulten compatibles con la naturaleza de la obligación en análisis”. La pretensión de los recurrentes de que la situación se juzgue en base a lo dispuesto por el artículo 1209 del Código Civil debe ser desechada tratándose de un acto de naturaleza comercial, máxime porque existen disposiciones específicas que establecen la ley aplicable a las cuestiones relativas a la letra de cambio: el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940[8], ratificado por la República Argentina. El artículo 26 dispone la aplicación de la ley del lugar donde se ha efectuado la aceptación a las obligaciones del aceptante con

[8] En vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle. En consecuencia, del texto de las letras de cambio surge que las mismas fueron libradas y aceptadas por ellos en la ciudad de Curitiba, República Federativa de Brasil. Resulta entonces de aplicación al caso la legislación vigente en materia de letra de cambio en ese Estado.

2. Acerca de la aplicación del derecho extranjero, el juez preopinante sostiene que si bien el artículo 13 del Código Civil pone a cargo de las partes la carga de la invocación y prueba del derecho extranjero que pretenden aplicable al caso, la aparente rigidez de la norma se ve atenuada por la excepción contenida en su segunda parte que expresa: "Exceptúense las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial". Esta excepción es consecuencia directa del principio de supremacía consagrado en los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y constituye una hipótesis de aplicación de la teoría de la oficialidad en la incorporación del derecho extranjero. Además, cabe recordar que el Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo dispone en el artículo 2 que la aplicación de las leyes de los Estados Contratantes debe ser hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada. Por su parte la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, también en su artículo 2, establece que "Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar acerca de la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Por lo tanto, prosigue el Dr. Pilotti "si los jueces están obligados a aplicar el derecho extranjero en un caso sometido a su decisión, lógico es concluir que tienen también el deber de informarse acerca del contenido de esas leyes, sin perjuicio de la facultad que asiste a las partes de arrimar pruebas o aportar datos que faciliten esa averiguación."
3. En consecuencia, las defensas opuestas por los ejecutados deben analizarse en función de las previsiones contenidas en la ley de Brasil, lugar en que fueron libradas y aceptadas las letras que se ejecutan.
4. Acerca de la excepción de inhabilidad de título que opusieron los deudores, no fundándose en la existencia de defectos en las formas extrínsecas de las letras de cambio; el cuestionamiento no encuadra en el marco de análisis que corresponde a esta defensa. La prueba que ofrecieron intentaba acreditar hechos que hacen a la causa de la obligación, actividad vedada en el proceso ejecutivo en virtud de lo dispuesto por el art. 542 inc. 4º del Código Procesal.
5. Respecto del planteo relativo a la aplicación de las leyes de emergencia que dispusieron la conversión de las deudas contraídas en moneda extranjera, el juez preopinante estima que el caso encuadra en la excepción prevista en el inciso e) del artículo 1° del decreto 410/02 que excluye de la conversión a pesos establecida en el art. 1º del Decreto 214/02 a: "las

obligaciones del sector público y privado de dar sumas de dinero en moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulte aplicable la ley extranjera...". En relación con la excepción de prescripción fundada por los ejecutados en el art. 96 del decreto ley 5965/63, que establece el plazo de prescripción de tres años para toda acción emergente de la letra de cambio contra el aceptante, el Dr Pilotti se remite a lo dispuesto en los arts. 25 y 26 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, y concluye que el plazo de prescripción que corresponde a esta acción es el contemplado en el Decreto 2044 de 1908, ley vigente en el lugar de creación y aceptación de las letras, que establece en su art. 52 que la acción cambial contra el librador, el aceptante y los respectivos avalistas prescribe a los cinco años. Teniendo en cuenta que las letras a las que se refiere la excepción vencieron el 14 de diciembre de 2001 y que la demanda que dio inicio al proceso se promovió el 2 de junio de 2005, cabe concluir que la acción respectiva no se hallaba prescripta. Habiendo votado en igual sentido y por los mismos fundamentos el doctor Peralta Mariscal, fue confirmada la sentencia apelada. Pero vayamos por partes.

V. I. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

a. NATURALEZA Y TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO

Corresponde al Derecho Internacional Privado, en un sentido estricto, determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras; se trata de preguntas de índole distinta, una de naturaleza sustantiva, otra de carácter procesal, y “a pesar de que pueden resolverse de manera independiente, la experiencia demuestra un estrecho vínculo en el tratamiento y solución de cada una de ellas”[9]. Al abordar esta delicada como relevante cuestión, el juzgador en la búsqueda de soluciones en materia de litigios internacionales, se encuentra ante diversas doctrinas, tesis, que procuran darle respuesta en materia de la naturaleza del derecho extranjero y su tratamiento procesal. Así se distinguen dos aspectos fundamentales, uno de carácter sustantivo y otro procesal, a saber[10]:

1. La naturaleza o la calidad del derecho extranjero, esto es, saber si el mismo es un derecho o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir si es un hecho. Las primeras son las denominadas teorías normativistas, jurídicas, y las segundas, las realistas, vitalistas.

[9] PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional. El tratamiento procesal del derecho extranjero en los países de América del Sur. Serie Estudios.* Separata del Boletín de la Academia de Ciencias, Políticas y Sociales de Venezuela, Año XXXII, pp. 41/73.
[10] BIOCCA, Stella Maris, CARDENAS, Sara L., BASZ, Victoria, 1990/1993/2003/2005, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General.* Editorial Universidad. 2005.

2. El tratamiento procesal que merece el derecho extranjero, si corresponde su aplicación de oficio o si solamente debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes.

Por nuestra parte seguimos adhiriendo a la célebre línea de pensamiento desarrollada por Federico Carlos von Savigny, acerca de que el derecho extranjero es derecho y extranjero. Según esta posición, el llamado formulado por la norma del conflicto del juez está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas. La remisión, el envío es de carácter normativo, dicho en términos sencillos, es de derecho a derecho, del derecho nacional al derecho extranjero. Respecto del tratamiento procesal merecido por la ley extranjera, consecuentemente se impone según nuestro entender, la aplicación de oficio. Ello sin perjuicio, que las partes aleguen y prueben la existencia, texto y vigencia del derecho extranjero invocado para asistir, y cooperar con la función judicial.

La doctrina que postulo sostiene que: "…En el estado actual de las relaciones internacionales ninguna parte de la legislación de los Estados de mayor cultura pasa desapercibida, y fácil es conocerla o procurarse los medios para conseguirlo por las publicaciones periódicas que las autoridades respectivas se encargan de efectuar".

"El juez puede no conocer la ley que se invoca o que necesita aplicar en la resolución, pero los medios de efectuarlo están a su alcance, ya por esfuerzo propio, o por imposición a los litigantes... El juez nada crea; la ley ya está formada, y llena cumplidamente su oficio aplicándola, puesto que por voluntad del legislador, expresa o tácitamente manifestada, procede así. Vemos, pues que el problema de la fuerza obligatoria de la ley extranjera, se halla vinculado íntimamente con el fundamento del derecho internacional privado. Si se admite el fundamento de la *comitas gentium*, la conclusión que se impone es que para los jueces las leyes extranjeras no tienen la misma fuerza obligatoria que las nacionales y que ellos no están en el deber de aplicarlas, dado que la aplicación de la ley extranjera es un acto de mera concesión graciosa. Si se admite el fundamento contemporáneo del derecho internacional privado, fundamento eminentemente jurídico, no influye para nada el carácter nacional o extranjero de la ley aplicable, debiendo aplicar los jueces el derecho impuesto por la naturaleza de la relación jurídica de que se trata"[11].

"El desarrollo cultural logrado actualmente, la difusión del libro, compilaciones, revistas jurídicas, etc., ¿no facilitan enormemente al juez el conocimiento de la ley extranjera?"[12].

Cabe recordar que desde el Primer Congreso de Derecho Civil reunido en Córdoba en mayo de 1927, se estableció que "las leyes extranjeras serán aplicadas de oficio por los jueces, sin perjuicio de que las partes interesadas, puedan coadyuvar a la prueba de su existencia". En esta

[11] ALCORTA, Amancio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Segunda Edición. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1927, pág. 141, 144.
[12] ROMERO DEL PRADO, Víctor, *Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Página 493

línea interpretativa, con la que coincido plenamente, se pronuncian también la Doctora Margarita ARGÚAS, los Doctores Carlos Alberto LAZCANO, Humberto María ENNIS, Víctor ROMERO DEL PRADO, Raúl SAPENA PASTOR, Ramón SILVA ALONSO, Carlos María VICO, Alcides CALANDRELLI, entre los más destacados.

Desde otra perspectiva ciertamente distinta a la que adhiero, se ha pretendido demostrar la inexistencia de vínculo alguno entre el fundamento del Derecho Internacional Privado y el tratamiento de la ley extranjera en el proceso; apareciendo en el elenco doctrinario la teoría del uso jurídico, que se ubica, en una posición intermedia entre las llamadas teorías normativistas y las teorías vitalistas. Fue formulada por uno de sus más conspicuos defensores del siguiente modo: "si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquél país"[13].

Asimismo, en apoyo de esta orientación se dijo que "una de las más importantes contribuciones de la teoría del uso jurídico, es haber separado con rigor el problema de la naturaleza del objeto de referencia de la norma indirecta de importación, del tratamiento de este objeto en el proceso. En cuanto al objeto de referencia se opone a la teoría jurídica la del uso jurídico extranjero. En efecto, se considera como contrario al derecho internacional público que un país intente crear derecho de otro país. Al contrario, no hay objeción de que la norma indica el uso jurídico extranjero, es decir ordenando al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas".

Se señaló que "hay que delimitar la teoría del uso jurídico extranjero de doctrinas aparentemente emparentadas, empero en el fondo disímil. Ello ocurre para empezar con la oposición innegable entre quienes conciben el objeto referido por la norma del derecho internacional privado como el derecho extranjero y quienes estiman que es el uso jurídico extranjero. Y ello es así, aunque los partidarios de la primera doctrina no se contentan con identificar derecho extranjero con norma extranjera sino que encuadran en este término la norma interpretada por ciencia y jurisprudencia; aun en el último caso representa la norma una entidad jurídica y no de hecho".

"También se hace hincapié en los rasgos distintivos entre la teoría del uso jurídico extranjero, por un lado, y las doctrinas de los derechos adquiridos (Pillet) o de los *vested rights* (Beale) y la *Local Law Theory* (Cook, Lorenzen), por el otro. La teoría de los derechos adquiridos, además de contemplar sólo el caso del reconocimiento de derechos nacidos en el extranjero (casos relativamente internacionales) y no el supuesto del derecho por nacer en el propio país en una

[13] GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia* - 8ª Ed., Buenos Aires, Depalma. 1981.

situación internacional (casos absolutamente internacionales), reconoce con el derecho subjetivo extranjero el ordenamiento normativo extranjero en el que aquél arraiga. Y en cuanto a la *Local Law Theory*, si bien cree en el *judge made law*, identifica "lo que los jueces fallan" no sólo con "lo que los jueces extranjeros probablemente habrían fallado", sino con "lo que cualesquiera jueces, propios y extranjeros, fallan", con lo cual el uso jurídico extranjero pierde su especificidad. El derecho extranjero constituye un hecho de notoriedad universal".

"La jurisprudencia podría, sin apartarse del texto escueto del artículo 13, conferirle cierta elasticidad, dando un paso hacia las soluciones más modernas. La asimilación que el código hace en la nota del artículo 13 de la ley extranjera a los hechos, permite sacar partido de la concepción procesal del hecho notorio. El juez está obligado a fallar según lo alegado y probado sin recurrir a su conocimiento privado de los hechos. Pero ello no le impide tomar en cuenta los hechos notorios y las máximas de experiencia aunque las partes no las hubiesen probado ni invocado: *notoria non egent probatione*. Pues bien, este concepto de hecho notorio, que ha adquirido importancia en la doctrina procesal y es admitido por los autores nacionales, permite a nuestro juicio la aplicación de oficio de las leyes extranjeras cuando ellas constituyan en verdad *facta notoria; vgr.* el código civil francés, el alemán, el italiano, el español, etc. Es un expediente que juzgamos utilizable para resolver parcialmente las dificultades creadas por el artículo 13" [14]

"De ahí que resulta vitalmente distinto aplicar Derecho propio y aplicar Derecho extranjero. Esta distinción no divide un concepto en dos subconceptos. El derecho no se divide en Derecho propio y en Derecho extranjero, conforme las religiones, por ejemplo, pueden dividirse en monoteístas y politeístas. El Derecho es propio o extranjero, según la relación que con él guardemos. Se trata, en cierto modo, de una sola cosa iluminada por luces de diverso color, *sub specie civis aut perigirini.* Desde este ángulo visual, comprobamos una diferencia fundamental entre el Derecho propio y Derecho extranjero. Colaboramos al Derecho propio; somos, en cierto modo, sus arquitectos. El Derecho extranjero, al contrario, es constituido por los habitantes espirituales del país extranjero; con respecto a él somos meros fotógrafos. Inclusive, puede afirmarse que el Derecho extranjero se reduce a una unidimensionalidad – la sociológica – ya que las normas extranjeras aparecen sólo en su sociologización judicial, administrativa, etc. Aplicamos el Derecho propio; observamos, remedamos, en una palabra: imitamos el Derecho extranjero…Averiguamos la probable solución del caso en la comunidad extranjera, sometiéndonos a ella *tamquam cadaver* (con obediencia cadavérica)"[16].

Esta teoría precisamente fue vehementemente defendida por Mauro Cappelletti[17], quien la sostuvo en los siguientes términos: "La solución que aquí proponemos se aproxima, sin identificarse a la

[14] BUSSO, Eduardo. *Código Civil comentado*. Buenos Aires,Tomo I, 1945, pág. 118, p. 22.
[16] GOLDSCHMIDT, Werner. Ob. Citada pág. 16. .
[17] CAPPELLETTI, Mauro. *Las Sentencias y las Normas extranjeras en el Proceso Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1968, 150/152 y 235/237.

sugerida por algún otro autor extranjero, según el cual, en la imposibilidad de verificar la norma a que remiten las reglas internas de conflicto, el juez deberá recurrir a la solución ofrecida para aquella determinada materia por el ordenamiento más próximo, más similar, más emparentado, con aquel al cual se hace remisión. La solución por nosotros propuesta parte de una consideración sumamente realista, a saber, que el conocimiento de los hombres no es nunca absoluto, completo, perfecto; que la verdad de los hombres, y por tanto, la de los jueces es siempre verosimilitud, en una palabra una mera probabilidad. Lo cual es verdad respecto de los hechos; pero es verdad también respecto de las normas, las cuales, por lo demás, se fundan ellas mismas en hechos normativos, tanto las internas como las extranjeras. La diferencia, si la hay, es solamente cualitativa. Teniendo que aplicar la norma de un país remoto o desconocido, la probabilidad de error será mayor, el desacuerdo entre la verdad del juez y la verdad objetiva, será más profundo. Evidentemente, puede ocurrir también, aunque en casos excepcionales, que no solamente la norma específica, sino hasta los cánones hermenéuticos mismos del ordenamiento a que se hace remisión, continúen desconocidos, o que se manifiesten de todos modos, de aplicación imposible, pero creemos que también en este caso le queda al juez la reserva de un instrumento interpretativo de validez general, a saber, el instrumento comparativo. El juez, aún frente a la imposibilidad misma de conocer y aplicar la norma alegada y los procedimientos hermenéuticos del ordenamiento alegado, se hallará, sin embargo, siempre en condiciones de formarse alguna opinión – más o menos completa, más o menos correcta – de ese ordenamiento, de sus afinidades con otros ordenamientos, de su participación en determinadas familias jurídicas, de la situación cultural, económica, política, social, que le sirve de base. Utilizará, por tanto, todos sus conocimientos adquiridos y adquiribles, a fin de llegar a una solución que tenga, por lo menos un mínimo de mayor probabilidad de responder o, en definitiva, de aproximarse más a la del ordenamiento a que se hace remisión”[18].

Porque en efecto, “La probabilidad admite grados...Si nuestro juez dispone de la legislación y la jurisprudencia extranjeras, referentes al punto controvertido, su juicio alcanzará un alto grado de probabilidad. Si le faltan algunos de estos elementos, la probabilidad disminuye. Pero inclusive si no se poseyera ninguno de ellos, podrá acudir a otro Derecho emparentado con aquel cuya imitación le incumbe, puesto que, imitando el Derecho emparentado, podrá solucionar con cierta probabilidad el asunto controvertido conforme lo haría el juez cuyo Derecho el nuestro desconoce. Sólo, en último lugar, debe aplicar el juez su propio Derecho, ya que, dada la unidad del género humano, existe una probabilidad, por pequeña que fuese, de que nuestro Derecho coincida con el Derecho extranjero. Si por ejemplo, el juez argentino tuviese que aplicar el Derecho de Etiopía y no lograse acceso a sus fuentes, pero supiese que está inspirado en el Derecho francés y en el suizo, habría de orientarse en estos dos; sólo si el juez argentino no obtuviese ninguna

[18] CAPPELLETTI, Ob. citada, página 237.

información sobre la procedencia del Derecho etíope, le sería lícito refugiarse en el Código Civil de Vélez Sársfield”[19].

Desde mi mira, siendo fiel a mis principios, la teoría del uso jurídico si bien se trata de una teoría de buen cuño por el prestigio de sus más conspicuos defensores, carece de asidero por las numerosas razones que ya he reiterado en mis trabajos anteriores, y porque además, no se puede válidamente propiciar que la función de interpretación de la ley, sea nacional o extranjera de los magistrados, sea reducida, acotada, expuesta a la mera aplicación de fórmulas matemáticas, o al empleo de cálculos de probabilidades, que impulsen a los magistrados a suponer que la aplicación del derecho admite grados, que pueda dar lugar al mayor grado asequible de probabilidad, al menor grado asequible de probabilidad, al alto o bajo grado de probabilidades, al mínimo de mayor grado de probabilidad, entre otras tantas probabilidades, para así aproximarse, presumir el contenido de un ordenamiento jurídico extranjero dado.

b. DERECHO ARGENTINO

Una rápida mirada a las normas de derecho internacional privado de la República Argentina, permiten advertir que:

a) En la *fuente interna* tiene aplicación en ausencia de tratado, el artículo 13 del Código Civil Argentino, que establece que “la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes (…)”. Y en la nota, el codificador destaca, por si no ha quedado suficientemente esclarecido, que “la ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba”. Esta doctrina, a mi juicio, adopta la línea de pensamiento errada de que la ley extranjera es un hecho que simplemente se alega sin depender de la prueba, disposición que encuentra su origen en la ley 15, título 14, partida 3ª, y en el artículo 15 del *Esboço de Freitas*.

b) En la *fuente convencional*, por un lado, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, asumen una posición diametralmente opuesta a la disposición precedentemente transcripta, y se colocan dentro de la teoría que le atribuye naturaleza jurídica al derecho extranjero, mientras que por el otro, la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de 1979 (CIDIP II) sobre Normas Generales, en vigor en la República Argentina, el artículo 2 dispone que “los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultaré aplicable, sin prejuicio de que las partes puedan alegar y probar la

[19] GOLDSCHMIDT, Ob. Citada. Pág. 143.

existencia y contenido de la ley extranjera", adoptando la teoría del uso jurídico precedentemente desarrollada[20].

Corresponde señalar que cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia, con la que no concuerdo, han impulsado la idea que la entrada en vigencia de la CIDIP - II de Normas Generales provocó la derogación orgánica del artículo 13 del Código Civil, por resultar incompatible con el art. 2 de la Convención[21]. En este sentido se sostuvo, a mi modo de ver erróneamente, que la Convención de Normas Generales tiene carácter universal, lo que significa que los países que la ratifican o adhieren a ella deben aplicarla no sólo en relación con los países que son parte en la Convención, sino también respecto de aquellos que no son parte en la misma[22]. Consecuentemente, el sistema de derecho internacional privado argentino en materia de aplicación y tratamiento procesal del derecho extranjero, a tenor normativo, luce francamente heterogéneo, desparejo, nada armónico, hasta a veces contradictorio. No obstante la doctrina contemporánea en la que me alineo se inclina hacia la consideración del derecho extranjero como derecho, y su aplicación de oficio.

La jurisprudencia argentina se ha expedido en célebres fallos acerca de este aspecto. En uno de ellos, "Testai c. Papa", el juez hizo valer, en su fallo del 11 de julio de 1933 sus conocimientos personales de derecho italiano con motivo de la ausencia de la cláusula "a la orden" en una letra librada en Italia, llegando a la conclusión que no se afectaba la *calificación* italiana de título a la orden según la *lex causae* aplicable a la *cambíale* italiana". En otro, la Cámara Nacional en lo Comercial Sala B del 22 de diciembre de 1965, en la sentencia recaída en los autos "Patrioli c. Mezzardi", con motivo de la alegación del demandado que se oponía a la ejecución de una letra librada en Italia porque la omisión de la cláusula "a la orden" la descalificaba como tal, se requirió del Consulado General italiano, de oficio por el Juez de primera instancia el contenido de la ley extranjera; y según el informe contestado se probó que no era necesaria la cláusula para que el título se considerara una letra de cambio en el derecho italiano"[23].

Por todo ello, en el actual estado de la ciencia del derecho y de las relaciones internacionales, pienso que las teorías vitalistas basadas en que la prueba de las leyes extranjeras es una mera cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes, aunque concebibles en tiempos de mensajeros y diligencias, no resultan sostenibles en tiempos de INTERNET.

---

[20] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia. *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004 y Reimpresión de 2007.

[21] FERME, Eduardo. *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.* Montevideo 1979, Ponencia presentada en las Segundas Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales en las Segundas Jornadas Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 27 al 29 de julio de 1983; del mismo autor, "Convención Interamericana sobre Normas Generales" en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Apéndice V, 1987, Pág. 210.

[22] GOLDSCHMIDT, Werner. "El derecho extranjero en el proceso" E.D. 115, Pág. 802.

[23] BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*. Abeledo Perrot. Segunda edición revisada y actualizada. 2000. Capítulo dedicado a la Aplicación de oficio del derecho extranjero. Página 346/351. Fallos publicados en JA 42-1172 y JA 1966-IV-525.

La llamada teoría normativista que equipara la ley extranjera al derecho nacional, desde mi mira goza de ventajas decisivas, sea por evitar que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pacten la existencia, texto y vigencia de un hipotético, supuesto, probable derecho extranjero a sabiendas que es el derecho que mejor les sirve a sus respectivos intereses procesales o bien, que aleguen un derecho extranjero que no tendrán interés en probar porque desean que el juez decida aplicar el derecho nacional que es el que mejor los favorece.

c. **DERECHO COMPARADO**

En este apartado veremos el tratamiento que merece el derecho extranjero en los derechos estaduales de las Repúblicas de Brasil, Chile y Venezuela. Veamos.

En el derecho brasileño, se ha señalado que en la aplicación del derecho extranjero radica precisamente la grandezca de la disciplina, pues la aplicación de la ley extranjera por el juez nacional no significa ninguna pérdida de su poder soberano, sino la comprensión de que en determinadas circunstancias es necesario aplicar la ley emanada de otra soberanía, porque así se puede "*fazer melhor justiça*" [24].

Entre los antecedentes en este tema, suele mencionarse al célebre Esboço de Texeira de Freitas que establece : "A aplicação de leis estrangeiras nos casos em que este Código a autoriza terá lugar senão a requerimento das partes interesadas, incumbindo a estas, como prova de um fato alegado, a da existencia de tais leis". Resulta de la simple lectura la notable similitud del precepto transcripto con el artículo 13 del Código Civil Argentino, aunque el codificador argentino haya omitido mencionar la fuente en la nota pertinente.

En la *fuente interna* se encuentran en juego las normas de los artículos 14 de la Ley Introductoria al Código Civil, (LICC), artículo 337 del Código de Procedimientos Civil (CPC) y el artículo 116 (RI-STF), con arreglo a los cuales la parte que alega el derecho extranjero, debe probarlo. No obstante, tal como lo ha establecido de forma uniforme la doctrina y la jurisprudencia, el juez puede pedir auxilio a la parte para lograr la comprobación del derecho extranjero. Aunque se ha formulado un argumento decisivo a favor de la aplicación obligatoria del derecho extranjero que tiene como base el artículo 408 al Código Bustamante de 1928 que dispone la obligación del juez de aplicar de oficio las leyes de los Estados contratantes. Así pues, si bien podrá argüirse que esta disposición resulta aplicable con relación a los países vinculados por tan célebre fuente normativa americana, no es menos cierto que la doctrina y la jurisprudencia brasileña ha considerado que no corresponde un tratamiento diverso al derecho extranjero según aquel provenga o no de un Estado contratante, por lo que se han inclinado por una solución uniforme en

[24] DOLLINGER, Jacob. "Application, prof., and Interpretation of Foreign Law: A comparative study in private internacional law*". Arizona Journal of International and Comparative Law.* 1995. y del mismo autor: *Direito International Privado: Parte Geral.* 6a. Edición. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 269.

la materia. A mayor abundamiento, la República Federativa de Brasil ha adherido a la Convención Interamericana sobre Prueba e Información de Derecho Extranjero de 1979, a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de 1979, así como el Protocolo de Las Leñas sobre Asistencia Jurisdiccional, ello dentro del ámbito del espacio integrado del MERCOSUR.

En relación con el derecho chileno tiene establecido la doctrina que "nuestro derecho no ha acogido la doctrina que estima que la ley extranjera debe ser aplicada a petición de parte y por consiguiente probada por ésta. Por el contrario el tribunal puede, de acuerdo a los artículos 159, 411, 412 del Código de Procedimientos Civil, decretar de oficio, el informe de peritos con el objeto de probar la ley extranjera. Y más aún, debido al carácter facultativo que tiene el informe de peritos para el tribunal, puede éste prescindir de tal informe e investigar y constatar personalmente el contenido y alcanza del derecho extranjero. La legislación chilena, en consecuencia se inspira en las teorías de derecho y no en las de hecho. Se sostiene que la ley extranjera no puede ser considerada como ley nacional porque no ha sido promulgada ni publicada en el país en que se pretende aplicarla, aunque el juez llamado a aplicar una ley extranjera debe hacerlo, dado que ella es inseparable del sistema jurídico a que pertenece, de la misma manera como dicha ley rige en el extranjero. En consecuencia, según esta doctrina al interpretar los textos legales, el juez debe tener en cuenta los mismos criterios interpretativos que son utilizados en el país de origen de la norma aplicable para llegar hasta donde sea posible a las mismas soluciones que daría un tribunal del Estado de donde la regla procede. Debe, por consiguiente, tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras en la misma medida en que lo hace el juez extranjero"[25].

Sin embargo, en otra dirección una corriente de pensamiento ha entendido, que a partir del Tratado sobre Aplicación e Información del derecho extranjero celebrado entre Chile y Uruguay, deben introducirse nuevos elementos para el análisis. Ello es así por cuanto la convención en el artículo 1 impone a los jueces la obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u organismos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece, y este precepto se erige en una pieza fundamental del sistema jurídico chileno inspirado en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

La doctrina venezolana refiriéndose a los artículos 2, 60 y 61 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, sostiene que puede apreciarse claramente en estos textos, que el legislador venezolano supera la inveterada discusión sobre la naturaleza del derecho extranjero, y admite la tesis "jurídica", según la cual "el derecho extranjero es derecho auténtico y como tal no puede ser asimilado a una cuestión de hecho. La circunstancia de su extranjería no le quita su esencia normativa ni su existencia formal. El tratamiento procesal de este derecho, supone que se le coloque en pie de igualdad con el derecho nacional, porque respecto de ambos, se tratará de la aplicación de un *quid iuris"*.

[25] GUZMAN LATORRE, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

“Las disposiciones de los artículos 60 y 61 de la Ley respecto de la aplicación de oficio, la intervención facultativa de las partes y los recursos de información de las sentencias, constituyen los efectos procesales de lo estatuido en el artículo 2º de la misma Ley, que es la conceptuación del tratamiento del derecho extranjero en orden a su aplicación a los casos concretos. Todas estas previsiones legales están en concordancia con las normas de los artículos 2º y 4º de la Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II. Montevideo, 1979).”

“Es importante destacar, que la Ley de Derecho Internacional Privado surge en un proceso de sintonía con la nueva fase de la codificación interamericana desarrollada en las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado. Cabe, asimismo, señalar que en algunas materias, los preceptos de nuestra ley complementan o superan las fórmulas multilaterales. Este es el caso del artículo 2º que nos ocupa, al exigir expresamente que "se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflictos"; es decir, que va más allá de la regla correspondiente de la Convención (art. 2º), en el sentido de que facilita a los jueces, los criterios para la correcta aplicación del derecho extranjero en el propósito vinculante de lograr la justicia material del caso”[26].

V. II. REGIMEN INTERNACIONAL DE LA LETRA DE CAMBIO

a. LEY APLICABLE: UNIDAD VERSUS AUTONOMIA

Si bien la letra de cambio nació como instrumento de pago propio del comercio, en la actualidad ha evolucionado hasta también constituirse en un título valor que funciona principalmente como instrumento de crédito. La intrínseca internacionalidad de la letra de cambio a la que ya aludiéramos, es la que precisamente marca la relevancia y la delicadeza de discernir conforme qué reglas habrá de calificarse si un determinado instrumento reviste la calidad de letra de cambio.

La creación y negociación de la letra de cambio supone la realización de una serie de actos sucesivos cada uno de los cuales puede ser ejecutado en países diferentes, por ello corresponde dilucidar cuál es la vinculación existente entre dichos actos, señalando desde ya que en este aspecto, las opiniones no están acordes, habiendo aparecido en el escenario dos doctrinas principales: la de la unidad jurídica y la de la autonomía.

1. La primera hace del contrato de emisión la base de la existencia de la letra de cambio; de tal manera que los defectos que atenúan o suprimen la eficacia jurídica de ese contrato de emisión, repercuten sobre todas las situaciones jurídicas ulteriores. Todos los derechos de los diversos negociadores de la letra, son dados sobre la base del contrato inicial. Del mismo modo, la extensión de los derechos está limitada al máximum de los derechos

[26] BONNEMAISON W, J. L. “La aplicación del Derecho Extranjero” Conferencia dictada en Valencia, 1999.
[28] En este aspecto un desarrollo más profundizado puede verse en la obra citada nota 8.

iniciales surgidos del acto de emisión. Por ende esta línea de pensamiento sujeta todos los actos cambiarios a una misma y única ley.

La segunda, hace de cada uno de los actos de negociación cambiaria un contrato autónomo, en el que cada uno de los obligados asume una obligación que no se encuentra subordinada en su existencia a la validez o a la extensión de las obligaciones existentes. Esta doctrina tiene su origen en las ideas enseñadas por Einert, notable jurisconsulto alemán, que en el segundo tercio del siglo XIX revolucionó el derecho cambiario. Desde entonces, la letra de cambio dejó de ser el mero instrumento de cambio trayecticio para convertirse en un título abstracto, que circula independientemente de las causas que lo han originado. Su tenedor, como anota Vivante, ejerce un derecho propio, autónomo que no puede ser restringido por causas derivadas del contrato celebrado entre el tomador primitivo del documento y creador del mismo. La letra de cambio se transforma al amparo de tales nociones, en el instrumento maravilloso del crédito, "en el papel moneda privado de los comerciantes".

Esta última, la de la autonomía cambiaria es la corriente de pensamiento que finalmente ha prevalecido, según la cual cada acto cambiario se rige, tanto en su aspecto formal como sustancial, por la ley en vigor en el lugar donde el acto ha sido realizado. Precisamente, la ley del lugar de celebración del acto es, por tanto, el principio que ha triunfado y puede sostenerse que lo ha propugnado la casi unanimidad de los tratadistas. Por ello, la doctrina de la autonomía internacional cambiaria es la que mejor se adecua con la naturaleza propia y esencial de las relaciones jurídicas involucradas en la letra de cambio internacional y con las importantes funciones económicas que está llamada a cumplir en el área de los negocios internacionales. Vayamos ahora al régimen jurídico argentino en materia de letra de cambio internacional.

b. **DERECHO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA Y CONVENCIONAL**

1. FUENTE INTERNA

En lo que respecta a la *fuente interna*, cabe señalar que el Código Civil obviamente no contiene normas relacionadas con este tema, pero lo que resulta más curioso es que tampoco lo hace la legislación comercial, que no contiene normas relacionadas con la letra de cambio internacional. En efecto, "cuando se sanciona el decreto ley 5965/63 se derogan, y no se sustituyen las disposiciones de Derecho Internacional Privado contenidas en el artículo 738 del Código de Comercio, produciéndose un evidente vacío legislativo, que a la sazón contenía, receptaba en su texto los dos principios rectores a los que aludimos precedentemente". La derogación y por ende, la no sustitución de la norma del nombrado artículo 738 por otra u otras, provocó según mi criterio, un lamentable retroceso en el sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna. Desafortunadamente esta ausencia de normas determinó la necesidad para la doctrina y jurisprudencia argentinas de debatir una temática – la cuestión de la ley aplicable- que estaba satisfactoriamente resuelta en el Código de Comercio[28].

Dentro del proceso de hermenéutica e integración de las disposiciones de un ordenamiento jurídico, la analogía es una de las herramientas interpretativas que le permiten al juzgador aplicar una norma a un supuesto fáctico distinto del que contempla, basándose en la semejanza entre un supuesto y otro. Este recurso, el de la aplicación analógica, ha sido el empleado tradicionalmente por la jurisprudencia argentina, contando con el apoyo de parte de la doctrina no solamente en cuanto a las letras de cambio internacionales sino también en materia de ausencia con presunción de fallecimiento y sus efectos, fundamentándolo en que la ley interna solamente si bien se ocupa de la determinación de los foros disponibles para dirimir controversias, es decir reglas en materia de jurisdicción internacional, no regula el derecho aplicable a la cuestión (Artículo 16 de la Ley 14394). Será competente el juez del domicilio, o en su defecto el de la última residencia del ausente. Si éste no lo hubiese tenido en el país o no fueren conocidos, lo será el del lugar donde existieren bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diferentes jurisdicciones). Para esta corriente doctrinaria y jurisprudencial argentinas, serian aplicables el artículo 10 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, o bien, el artículo 12 del Tratado de 1940.

Otro ejemplo de aplicación analógica fue defendida ante la ausencia de regulación de las adopciones conferidas en el extranjero en el Código Civil, que se mantuvo en la República Argentina, aún en 1948 cuando se dicta la Ley 13252 que si bien suple el silencio que sobre la institución se había mantenido hasta esa época, solamente receptó la adopción simple y mantuvo un rotundo silencio en lo que hace al Derecho Internacional Privado interno al no incorporar en este aspecto ninguna norma. En consecuencia, persistió el interrogante sobre el derecho aplicable a la validez de las adopciones otorgadas en el extranjero, vacío normativo que instó a considerar que lo más apropiado era recurrir a la aplicación analógica de las disposiciones específicas del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 23 y 24) a partir de su ratificación en el año 1956[29].

A su turno, una calificada línea de la doctrina argentina ha planteado si ante la ausencia de normas atinentes en algunos aspectos de la insolvencia transfronteriza en la fuente interna, corresponde la aplicación analógica del artículo 51 de los Tratados de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, fundamentalmente para propender a la armonización legislativa

[29] Puede verse el fallo " Oreiro Miñones, José, suc." el Juzgado Nacional en lo Civil de la Capital Federal declaró únicas y universales herederas a su esposa y a su hija adoptiva. Se dictaminó la validez de la adopción conferida en el extranjero mediante la aplicación acumulativa del derecho español -domicilio de la menor al tiempo de la adopción- y del derecho argentino -lugar del domicilio conyugal de los adoptantes-. En la resolución se expresa: "En tal situación, estimo que ante la ausencia de convenio con España y de normas no convencionales en el derecho internacional privado argentino en materia de adopción en la ley 13252, se hacen aplicables analógicamente las disposiciones del T. de D.Civ.I. de Montevideo de 1940, en el caso, su art.23".

cuando se trata de relaciones jurídicas que caen dentro del área del espacio integrado del MERCOSUR[30].

A la analogía también se ha recurrido en materia de cooperación jurisdiccional, acudiendo a la aplicación del artículo 10 de la Convención Interamericana de Medidas Cautelares de Montevideo de 1979 y aprobada por Ley 22921 por la República Argentina, en un caso que vinculaba a la Argentina con Estados Unidos de América país que no la había ratificado.

En lo relacionado específicamente con la sentencia bajo comentario, en cuanto a la aplicación analógica de la fuente convencional en materia de letra de cambio internacional, la doctrina se ha bifurcado ya que para unos se impondría la aplicación del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1940 mientras que para otros, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letra de Cambio. En apoyo de la primera corriente se ha sostenido que los Tratados de 1940 son los aplicables por haber tenido como fuente a la Convención de Ginebra sobre Conflicto de Leyes en materia de Letra de Cambio de 1930, mientras que para otros la CIDIP I debe ser aplicada por ser la más próxima en el tiempo. Desde mi mira, tal como veremos, otras posibilidades menos sofisticadas, se abren para dar solución a la mentada laguna normativa.

A su turno, simétricamente en una línea doctrinaria minoritaria, hay quienes promovieron que ante la ausencia de normas específicas habrá que recurrir a la aplicación del régimen internacional de los contratos y específicamente al artículo 1209 del Código Civil que los sujeta al lugar de ejecución[31].

2. FUENTE CONVENCIONAL

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, se encuentra en vigor entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, fue ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, países que además han ratificado la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, de Panamá de 1975.

Cierta corriente doctrinaria, tal como manifestamos, ha entendido que la entrada en vigor en los tres países nombrados en primer término de la CIDIP I, implica la derogación de artículos del 23 a 32 y 34 y 35 del Tratado de Montevideo de 1940, ya que ante la ausencia de una disposición en la convención interamericana sobre compatibilidad de convenciones, debe propiciarse la aplicación de las normas generales sobre derecho de los tratados, que impondrían la aplicación de la Convención Interamericana.

[30] RODRIGUEZ, Mónica Sofía. “El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales”. Publicado en *el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración.* www.eldial.com.ar. Editorial Albremática. 2006.

[31] ALEGRIA, Héctor. Ponencia presentada sobre “Normas de derecho internacional y la acción ejecutiva en las letras de cambio”, Jornadas sobre Letras de Cambio, Pagarés y Cheques celebradas en Córdoba 1964,

El Tratado de Montevideo de 1940 mantiene los principios consagrados por el Tratado de 1889 en materia de derecho cambiario, ya que no introduce ninguna innovación sustancial. En efecto, los artículos sancionados reproducen los artículos 27, 28 y 29 con algunas leves modificaciones encaminadas a la precisión terminológica. En el primero de aquellos, se agrega las palabras "del aval y los actos necesarios al ejercicio o a la conservación de los derechos". La expresión "del domicilio de este último" contenida en la última parte del artículo 27 del Tratado, se sustituyó por esta otra:"lugar donde la aceptación debió verificarse".

En cuanto al aval, no hay coincidencia en la solución legislativa entre el Tratado de 1889 y el de 1940, ya que aquél lo regula por la ley aplicable a la obligación garantida, mientras que el último, por la ley del Estado en cuyo territorio se firmó el aval (artículo 25). Ello demuestra la asunción del principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias, aunque la norma capta, se refiere solamente a la forma del aval y no a la validez sustancial de tal acto cambiario.

A su turno, la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas de Panamá del 30 de enero de 1975, fue aprobada por la República Argentina por la Ley 22.921, con fecha 10 de marzo de 1983.

Según sus reglas, la capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída, tal como surge del artículo 1º primer párrafo del texto legal. Por tanto, no se trata de una cuestión menor, ya que se armonizan, se somete tanto a la capacidad como la validez cambiaria a una misma ley, sujetando ambos aspectos a la ley donde la obligación se contrajo.

Otro principio rector entra en juego seguidamente, a fin de favorecer la validez de la letra de cambio, *favor negotii*, cuando en el siguiente párrafo de la norma mencionada, se establece que la incapacidad que pudiere resultar de la ley del lugar en donde se contrajo la obligación cederá ante las leyes de los Estados Parte de la Convención que la consideren válida.

La forma de todos los actos cambiarios, según reza el artículo 2 se rige por la ley del lugar donde cada uno de esos actos se haya practicado.

El artículo 3 dispone que "todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieran sido contraídas". Este precepto consagra el principio rector, medular en la materia de la autonomía de los títulos de créditos, que reconoce que la adquisición del derecho cartular es originaria para cada tenedor legitimado y no derivada del tenedor anterior, lo que conlleva a la sujeción de cada acto cambiario a la ley que le es propia, independientemente de la ley que le es aplicable a los demás.

Por su parte, el artículo 4 recoge el principio conforme con el cual la invalidez de una obligación cambiaria, no afecta la validez de las otras obligaciones cambiarias contraídas según la ley del lugar donde fueren suscriptas. De este modo, si por ejemplo la obligación del

---

y también adoptada por PARDO, Alberto. *Régimen Internacional de los Títulos de Crédito.* Páginas 56 y siguientes.

avalado es inválida por defectos de forma esta invalidez no se propaga al aval que sigue resultando válido.

El artículo 5 contempla la hipótesis que en la letra no se consigne el lugar de suscripción, estableciendo que: “Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la ley del lugar de emisión”.

Los artículos 6 y 7 sujetan la aplicación de la ley del país de cumplimiento, en materia de procedimiento y plazo para el pago (artículo 6) o que se haya configurado un caso de robo, hurto (artículo 7).

El artículo 8 establece normas de jurisdicción internacional directa declarando que son competentes para entender en las controversias que se susciten en virtud de una letra de cambio, los tribunales del Estado donde la obligación debe cumplirse o el domicilio del demandado, a elección del actor (artículo 8).

Tradicionalmente ante la ausencia de normas específicas, se propugnó la aplicación analógica de las normas indirectas contenidas a partir del art. 23 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, a los casos provenientes de países no ratificantes de dicho tratado.

En la actualidad a partir de la entrada en vigencia de la CIDIP I de letra de cambio, se sostiene que las normas de los art. 23 a 35 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 han dejado de ser aplicables en relación a Argentina, Paraguay y Uruguay, ya que los tres países son ratificantes de la CIDIP-I de letra de cambio[32]. En apoyo de esta línea de pensamiento, se adujeron argumentos tales como la “mayor proximidad analógica” y “temporal”[33]. Aunque bien intencionadas, debo confesar que no comparto la corriente de pensamiento que propicia la universalización de las convenciones internacionales. Desde mi mirada, se impone la interpretación restrictiva y en todo caso, partir de la premisa que si el legislador considera ajustada la universalización, bien puede introducir una regla expresa en tal sentido en resguardo de razones elementales de seguridad jurídica[34].

V.III. EL RÉGIMEN DE EMERGENCIA ECONÓMICA O PESIFICACIÓN

a. TEXTOS NORMATIVOS

[32] CHALITA, Graciela E. y NOODT TAQUELA, María Blanca *Unificación del Derecho Internacional Privado. CIDIP-I, II y III,* Buenos Aires, Ed. Universidad, 1988, Págs. 53 y 61.

[33] Pueden verse entre otros los fallos in re HYDROSA TRADING Ltd. c. PINAL PHARMA SACIF s/Ejecutivo; VERESIT S.A. Pedido de Quiebra por Feddersen & CO. y JORCOP SA c/SANES S.A p/ejecución cambiaria s/incidente Casación”, y en los mismos autos el fallo de CSJN del 15/05/07 publicado en RDCO 30/07/07 y sumario en EL DIAL 31/07/07.

[34] Esto último es lo que precisamente, tiene establecido la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de 1958, que permite al Estado contratante formular al momento de su ratificación una reserva específica para impedir la aplicación universal.

Desde ya, corresponde poner de resalto la multivocidad de la expresión *emergencia* que tal como expresa la doctrina más calificada, admite dos perspectivas, por un lado, un suceso o accidente que sobreviene y por el otro, la búsqueda, de una salida de la situación.

A los fines del presente comentario, resulta útil realizar una suerte de síntesis de las normativas más trascendentes.

1) La ley 25561 del 6 de enero del 2002 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario [35].
2) El decreto reglamentario de aquélla, del 9 de enero del 2002, que en su artículo 1 estableciera la relación de cambio entre peso y la citada divisa extranjera (dólar estadounidense) conforme a las previsiones del artículo 2 de la Ley 25561, a razón de un peso con cuarenta centavos (1,40) por cada dólar; aunque poco después por decreto 260 del 8 de febrero del 2002 se dispuso por el contrario desde su entrada en vigor un mercado único y libre de cambios por el cual se cursarán todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras (artículo 1).
3) El decreto 214 del 3 de febrero del 2002 sobre "Reordenamiento del sistema financiero. Pesificación", y sus modificatorios, 410 del 1 de marzo del 2002, 471 del 8 de marzo del 2002, 704 del 30 de abril del 2002, 762 del 6 de mayo del 2002, 905 del 31 de mayo del 2002, el cual además derogó a los decretos 494 y 620 de 2002 que anteriormente también modificado al decreto 214, y en fin, el 992 del 11 de junio del 2002.
4) La resolución 6 del Ministerio de Economía de la Nación del 9 de enero del 2002 sobre cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario bajo el régimen del decreto 1570-2001, en sucesivas modificaciones por resoluciones 9 del 10 de enero del 2002, y además la 47 del 7 de febrero del 2002 y 96 del 14 de junio del 2002 que estableció la composición del "Coeficiente de Estabilización de Referencia" (CER) y la 81 del 11 de junio del 2002 reglamentaria del decreto 905 del 31 de mayo del 2002; 161; 1771, y
5) La comunicación A 3467 del Banco Central de la República Argentina de fecha 8 de febrero del 2002 y su Anexo sobre Régimen de reprogramación de los depósitos, modificado por las Comunicaciones A 3481 del 19 de febrero y "A" 3496 del 25 de marzo, ambas del 2002[36].
6) La ley 25820 modificatoria de la ley 25561, prorrogando la emergencia hasta el 31 de diciembre del 2004[37].

b. JURISPRUDENCIA ARGENTINA

[35] ADLA LXII-A, 44.

[36] LORENZETTI, Ricardo. "Los contratos de emergencia económica". *La Ley* 1993-C-811 y FLAH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam, Capítulo "La teoría de la imprevisión en la emergencia económica". *Temas de Derecho Civil*. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdskey. *Colección de Libros Homenaje* N° 14, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2004.

[37] ADLA LXII-A, 117; ADLA, LXJI-B, 1647, ADLA LXII-B, 1680, ADLA LXJI-B, 1691, ADLA, LXJI-C, 2934, ADLA KXJI-C, 2937, ADLA, LXII-C 2956, ADLA LWJI-B, 1705, 1726,

La jurisprudencia argentina ha tenido ocasión de establecer que las obligaciones no se pesifican si debe aplicarse la ley extranjera o si existe un punto de conexión extranjero relevante. Así, por ejemplo resaltan los siguientes importantes precedentes de la Cámara Nacional de Comercio, que han decidido la no pesificación de obligaciones negociales libradas en dólares cuando debe aplicarse la ley extranjera.

1) En un fallo del 11/3/2004 resuelto por la sala D[38], el tribunal dijo que "no es procedente la pesificación de la deuda en moneda extranjera resultante de los intereses devengados por el capital de obligaciones negociales ya que no es inconstitucional el art. 1 inc. e decreto 410/2002 en cuanto determina que las obligaciones del sector público y privado de dar sumas de dinero en moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulta aplicable la ley foránea no se encuentran incluidas en la conversión a pesos".
2) En 20/5/2004[39] que dio igual solución, se reconoció valor a la autonomía de la voluntad para pactar la ley aplicable.
3) Con fecha 4/3/2005 suscripto por los Dres. Butty y Piaggi, en Expte. Nº 55.892/02 "Compañía de Alimentos Fargo S.A. s/concurso preventivo", se afirma expresamente que "la excepción a la denominada pesificación receptada por el decreto 410/2002 importa atender a la sustancia económica de la relación jurídica contenida en la operación de colocación de estos títulos en mercados internacionales, en tanto en éstas se consuma un intercambio de valores patrimoniales entre distintas jurisdicciones cuya naturaleza y efectos no resultan equiparables a las obligaciones concentradas en la república o cuyo objeto se cumplirá en la misma.

   La sala D decidió que "si la concursada contrajo una deuda con la incidentista en dólares estadounidenses para cuyo cumplimiento pactó la aplicación de la ley extranjera -en el caso, proviene de facturas con cláusula FOB cuyo lugar de pago se fijó en Hong Kong- es procedente verificar el crédito por la suma en dólares pues de acuerdo con lo prescripto por el decreto 214/2002, dichas obligaciones se encuentran excluidas de la denominada pesificación, más allá de la eventual convocatoria de acreedores del deudor"[40].
4) En el mismo camino, el 30/9/2004, la sala B rechazó la acción promovida por el adquirente en una compraventa internacional, domiciliado en el país, contra el banco local que posibilitó dicha transacción mediante la apertura de un crédito documentario pactado en moneda extranjera, que peticionaba la inconstitucionalidad del decreto 410/2002 que exceptúa de la pesificación a esas obligaciones; el tribunal argumentó que la actuación del demandado obedeció al negocio concertado, sin que sea razonable trasladarle el riesgo asumido por el comprador en cuanto a la variación del

[38] JA 2004 - III, 715.
[39] ED 209-47.

tipo de cambio. Concluyó que "la excepción contemplada en el decreto 410/2002 respecto de las operaciones que poseen elementos multinacionales atiende al sustancia económica de tales relaciones jurídicas. La normativa no atenta contra el principio de igualdad ante la ley pues provee distinciones valederas que obedecen a una razón objetiva, en tanto los intercambios de valores entre distintas jurisdicciones no son equiparables, en cuanto a la naturaleza y efectos, a los que se producen dentro de la república o para ser cumplidos en la misma" [41](30/9/2004, LL 2005-A-697).

5) La sala A del mismo tribunal decidió que "la condena a restituir sumas en moneda extranjera impuesta a una empresa de asistencia al viajero por erogaciones que realizó uno de sus asistidos en el exterior debe efectivizarse en la moneda de origen o la cantidad de pesos necesaria para adquirirla en el mercado libre, sin que pueda aplicársele la pesificación uno a uno" (7/11/2003, *Rev. Responsabilidad Civil y Seguros*, 2004, año VI, n. 3, p. 82). La misma Sala excluyó de la pesificación el crédito quirografario derivado de una transacción comercial de carácter internacional que fue formalizada y ejecutada fuera de los límites del país.

6) Para culminar con esta breve reseña jurisprudencial, corresponde mencionar lo resuelto por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION (CSJN) de fecha 15/05/07 *in re* Jorcop S.A. c. Sanes S.A. Se trataba de la ejecución de letras de cambio expresadas en dólares estadounidenses, librados en Guayaquil (Ecuador) y pagaderos en el país, que tuvieron su causa en un negocio internacional consistente en la importación de bananas por parte del deudor domiciliado en la Provincia de Mendoza. Los jueces del Máximo Tribunal Provincial, consideraron que el núcleo medular de la sentencia recurrida, es el artículo 1°, inciso "e", del decreto 410/02, que excluye de la pesificación las "obligaciones del sector público y privado de dar sumas de dinero en moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulta aplicable la ley extranjera". Se preguntaron qué ley debe aplicarse para determinar la moneda de pago de una letra de cambio librada en Guayaquil, en dólares, pagadera en Argentina. Luego de examinar la doctrina nacional al respecto, concluyeron que la ley N° 22.691, ratificó la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas de Panamá de 1975, por lo cual -prosiguieron- al menos parcialmente, esta disputa debería haber concluido entre los países que la ratificaron, siendo Ecuador uno de ellos. Señalaron que el artículo 3° establece la regla, esto es, que la obligación resultante de la letra se rige por la ley del país donde se contrajo (en el caso, Ecuador). Indicaron que la Convención estableció los supuestos en que rige la ley del país de cumplimiento, juzgando que ninguna de las excepciones -que a continuación detallaron- encuadra en la cuestión debatida, limitada a la moneda prevista en el título.

[40] Fallo 15/04/04 La Ley 2004 - D, 223.
[41] Fallo 30/06/04 La Ley 2005 – A, 264.

Contra este pronunciamiento, la accionada interpuso el recurso extraordinario que fue concedido y en apoyo de su planteo sostiene que, en la materia, el principio universalmente aceptado, es el de la autonomía internacional cambiaria, que significa que cada acto se rige por su propia ley, es decir que, a su criterio, la sentencia no tuvo en cuenta la característica de abstracción de la letra de cambio y el principio *lex loci actus* adoptado por la normativa internacional. En lo referido a las disposiciones aplicables al pago de las letras de cambio, afirma que la Convención de Panamá ha seguido tal principio, estableciendo que todo lo referente al mismo, se rige por la ley del lugar en donde debe efectuarse. Así -prosigue- en el artículo 6 de dicha Convención, se ha establecido que "los procedimientos y plazos para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a ley del lugar en que dichos actos se realicen o deban realizarse", por lo que, surgiendo de las letras de autos, que dicho lugar se encuentra fijado en la Provincia de Mendoza, la ley aplicable es la argentina, es decir, la ley 25.561, el Decreto 214/02, y la ley 25.820.

Alega también que, en el caso, se configura la excepción prevista en el artículo 11 de la ley 22.691, en el sentido de que la ley declarada aplicable por la Convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a su orden público. Afirma que las normas que establecen la pesificación tienen carácter de orden público pues fueron dictadas para conjurar la crisis existente en nuestro país, surgiendo dicha calidad expresamente del texto de cada una de ellas, por lo que, la aplicación de los artículos 3, 4, 5, 6 y 7 de la Convención de marras, afecta el orden público del Estado Argentino, al establecer una solución distinta a la dispuesta por las leyes de emergencia.

A partir de esta premisa, estimó que la normativa aplicable al caso, como bien lo expuso el *a quo*, es, por un lado, el artículo 1°, inciso e), del decreto 410/02 que dispone "...que no se encuentran incluidas en la conversión a pesos establecida por el artículo 1 del Decreto N° 214/02 (...) las obligaciones del Sector Público y Privado de dar sumas de dinero en moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulta aplicable la ley extranjera". Y por otro, los textos pertinentes de la Convención de Panamá, aprobada por ley 22.691, que en su artículo 3 establece que "Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas". En consecuencia, si, como en la especie, la letra se suscribió en Guayaquil, Ecuador, la obligación (es decir, su objeto, la prestación) debe regirse por la ley ecuatoriana y no por la argentina. Que, por otra parte, como también lo expresaron los juzgadores, la Convención determinó los supuestos excepcionales en que rige la ley del país de cumplimiento, pero ninguna de esas excepciones encuadra en la cuestión debatida (limitada a la moneda prevista en el título). En efecto, no se encuentran en tela de juicio los procedimientos y plazos para la aceptación, el pago y el

protesto que, según el artículo 6 se someten a la ley en que dichos actos se realicen o deban realizarse. Tampoco se ha configurado el caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento, contemplados por el artículo 7, ni se discute cuál es el tribunal competente (desde que, en cumplimiento del art. 8, el juicio se ha interpuesto ante un tribunal argentino). En virtud de lo expuesto, contrariamente a lo postulado por el recurrente, no resulta aplicable en el caso el principio de la autonomía internacional cambiaria.

En cuanto al orden público, el artículo 11 dispone que "La ley declarada aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a su orden público". Una interpretación razonable del texto transcripto, impone una aplicación restringida de esta excepción, pues, si la propia normativa de emergencia excluye del ámbito de la pesificación a las obligaciones a las cuales cabe aplicar la ley extranjera, el argumento de la apelante significaría dejar vacío de contenido al artículo 1, inciso "e", del decreto 410/2002.[42]. Hasta aquí lo resuelto.

V. IV. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

a. TITULO EJECUTIVO EUROPEO

El 30 de abril de 2004, se publicaba en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril del 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Se trata de un instrumento que se perfila, según la doctrina, como complemento del Reglamento 44/2001 del 22 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[43].

El objetivo fundamental es crear un título ejecutivo que permita “la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza

[42] Buenos Aires, 15 de mayo de 2007. Vistos los autos: "Sanes S.A. en J° N° 80.702/28.396: Jorcop S.A. c. Sanes S.A. p. ej. camb. s. inc. cas.". “Considerando: Que las cuestiones propuestas por la apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador General, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.- R. L. Lorenzetti. E. I. Highton de Nolasco. J. C. Maqueda. E. R. Zaffaroni”.

[43] DOCE, l. 12, 16 de enero del 2001. CANDELARIO MACIAS, Isabel y OVIEDO ALBAN, Jorge, Coordinadores. Derecho Mercantil Contemporáneo. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. *Colección de Derecho Privado y Globalización.* Colombia, 2005.

ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución, es decir, suprimiendo el exequátur[44].

En este aspecto, conviene señalar que el primer peldaño que han transitado los Estados de la Unión Europea hacia la armonización legislativa en materia de títulos ejecutivos, fue el Convenio de Bruselas de 1968, que regula la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil (27 de septiembre de 1968). Cabe recordar, que el procedimiento de exequátur según este instrumento que continúa en vigor en relación a Dinamarca y a ciertos territorios no europeos de los Estados Miembros, articula una triple instancia:

a) En la primera instancia, el procedimiento es unilateral, vale decir, sin que la parte contra la que se solicita la ejecución pueda formular objeciones. Sin embargo, obviamente, el juez debe controlar *ex officio* las causales de denegación que se encuentran establecidas en el artículo 34 del texto normativo. La competencia corresponde al juez del domicilio del demandado y subsidiariamente, al juez del lugar de ejecución, tal como surge del artículo 32. 2.

b) La segunda parte del procedimiento es contradictoria. Si la decisión es favorable con el peticionario del procedimiento ejecutivo, el demandado puede interponer un recurso, que tiene carácter suspensivo, dentro del plazo de un mes. Ello sin perjuicio, durante ese período de las medidas cautelares a que hubiere lugar sobre los bienes del demandado. Ahora bien, si la solicitud es desestimatoria, el solicitante podrá interponer un recurso también contradictorio.

c) La tercera etapa del procedimiento, también contradictoria como la anterior, cabe tanto si la decisión en segunda instancia fuere favorable (artículo 37.2) como desfavorable (art. 41).

La transformación del Convenio de Bruselas en el Reglamento de Bruselas, también llamado Bruselas I, no ha modificado los principios básicos según el cual, se mantiene un procedimiento de exequátur con varias instancias y con causales de denegación, dentro de procedimientos fundamentalmente contradictorios.

El Reglamento sobre Título Ejecutivo Europeo es un instrumento que se ha construido a partir de dos ideas: una deriva de la propia estructura del derecho comunitario y otra de los principios inherentes al derecho procesal. En este aspecto, cabe recordar una de las reglas fundamentales que establece la equiparación del título ejecutivo europeo a los títulos nacionales. Se ha sostenido que según surge del artículo 5 del texto normativo “el juez del Estado requerido ha de ser ciego a la extranjería de la resolución. Una vez que la resolución ha sido certificada deberá procederse a su ejecución en el Estado miembro requerido como si se tratara de una sentencia nacional….En

[44] Puede verse sobre este tema DURAN AYAGO, Antonia. “La ejecución de títulos cambiarios extranjeros en España”. Capítulo de la obra colectiva coordinada por CANDELARIO MACIAS, Isabel y OVIEDO ALBAN, Jorge,. *Derecho Mercantil Contemporáneo*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colección de Derecho Privado y Globalización. Colombia, 2005.

un entorno de integración, una vez que se establecen unas reglas uniformes para todos los Estados miembros juega el principio de confianza comunitaria. Por consiguiente no hay razones que justifiquen que el juez del Estado miembro requerido pueda corregir lo que ha resuelto el juez del Estado miembro de origen. Los órdenes jurisdiccionales son fungibles y en consecuencia todos los demás Estados miembros están obligados a confiar en lo que este último juez haya dicho"[45].

El Reglamento sobre Título Ejecutivo Europeo se aplica a los documentos públicos con fuerza ejecutiva y a las transacciones judiciales. En el primer aspecto, cabe señalar a vuelapluma que, la definición de documento público está tomada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito del mencionado Convenio de Bruselas de 1968. (STJCE del 17 de junio de 1999). Se entiende como tal, un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza pública aquél que cumple dos condiciones:

a) Su autenticidad se refiere a la firma y al contenido del instrumento, dicho en otros términos, el documento ha de hacer prueba fehaciente ante terceros de la identidad del fedatario, de las personas que intervienen y en particular del deudor, y de los hechos o estado de cosas que consten en el documento y,

b) Ha sido establecida o intervenido por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga. Los documentos privados, quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento.

El documento electrónico tiene un tratamiento específico por el Reglamento, establece que "La ley nacional que rige un documento público determina si puede incorporarse a un soporte electrónico". Ello nos conduce derechamente al siguiente apartado.

b. LETRA DE CAMBIO DIGITAL

Alvin Tofler con su trilogía sobre "El shock del futuro", "La tercera ola" y "El cambio del poder", así como Frances Cairncross en "La Muerte de la Distancia", o Luis Joyanes Aguilar en "Los retos sociales ante un nuevo digital", entre tantos otros, supieron poner de resalto el impacto de la irrupción de la sociedad de información o también llamada la "cibersociedad" en el denominado proceso de mundialización, internacionalización, globalización en que vivimos. Sociedad en que la información como actividad y como bien es la principal fuente de riqueza y principio de organización; sociedad en que los adelantos de la informática y las telecomunicaciones convirtieron al mundo en una aldea global; sociedad en la que se ve afectada la convivencia social, lo cual importa el surgimiento de una nueva cultura, la "cibercultura". Una cultura, una sociedad, una civilización en la que el derecho no puede permanecer ajeno, sino que está llamado

[45] GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J. *El título ejecutivo europeo. Cuadernos Civitas.* Thomson. Civitas. 2006.

a dar respuestas apropiadas relacionadas con temas tales como relaciones de consumo, publicidad engañosa, privacidad, bancos de datos, protección de menores, pornografía, derechos de autor, responsabilidad contractual y extracontractual y en lo que atañe a este trabajo, en materia de celebración de actos jurídicos por medios electrónicos[46].

En este contexto, ante estos nuevos paradigmas no puede dudarse acerca del papel que el Derecho Internacional Privado está llamado a desempeñar en resguardo de las transacciones internacionales realizadas por cibernautas, cibercomerciantes, ciberempresarios, ciberconsumidores, ciberusuarios, ciberproveedores, entre otros.

En lo que a este trabajo atañe, tampoco la letra de cambio podrá por mucho tiempo, como instrumento de crédito de los tiempos postmodernos, permanecer inmune a los cambios sociales impuestos por la sociedad de información. Dicho en otras palabras, no podrá resistir por mucho tiempo al embate de los sistemas basados en tarjetas de crédito, *electronic money,* cheques digitales, chequeras electrónicas, *telemarketing*, transferencias electrónicas, entre otras de las tantas modalidades que ha desarrollado la imaginación de las personas humanas[47].

El ciberespacio no es un compartimiento estanco, ajeno a las reglas del derecho, a las tradiciones, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real[48], por lo que resulta impensable

---

[46] Sobre esta delicada cuestión, puede consultarse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49; "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado, Separata de la Revista del Notariado,* Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.; “Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet”, en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades*. Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004; “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005; “Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 4, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.; “Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración,* Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005; “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración,* Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005. ; “Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 22, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en *Libro electrónico de ponencias*; FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., “La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES*), ISSN N° 1514-9358, Volumen XI, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2007.

[47] Puede verse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Monica S., SCOTTI, Luciana B. y CÁRDENAS, Yamila C., "La contratación electrónica bancaria: una tierra de nadie, de algunos o de todos?", en *Suplemento de Derecho de Alta Tecnología* N° 17, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed. Albrematica, fecha de publicación: 1 de julio de 2008.

[48] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky,* Fundación de Córdoba, 2005.

que el derecho argentino por viejos atavismos no brinde las posibilidades seguras para que en él circule válida y seguramente un instrumento que pueda ser llamado letra de cambio electrónica, letra de cambio digital.

Un documento electrónico, que librado desde una computadora de una persona domiciliada en la República Argentina, tenga como destino una persona física o jurídica tomadora que se encuentra domiciliada en Hong Kong, o en China, y que sea aceptada por un comerciante en Brasil, endosada por una empresa con establecimiento comercial en Uruguay, o avalada por una empresa chilena, entre otros posibles actos jurídicos electrónicamente celebrados[49].

VI. ALGUNAS REFLEXIONES.

1. En el actual estado de la ciencia del derecho y de las relaciones internacionales, la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una mera cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes.

2. El sistema de derecho internacional privado argentino en materia de aplicación y tratamiento procesal del derecho extranjero, a tenor normativo, luce francamente heterogéneo, desparejo, nada armónico, hasta a veces contradictorio.

3. Deben sancionarse reglas que permitan regular el tema de la aplicación del derecho extranjero de forma armónica, reconociendo la obligación de los magistrados de aplicarlo de oficio, ello sin perjuicio de solicitar el auxilio de las partes[50].

4. Los jueces argentinos en la sentencia objeto central del presente comentario, siguiendo una interpretación tradicional en esta materia, ante la ausencia de normas de derecho internacional privado de fuente interna que se ocupen de regular la letra de cambio internacional, optan por recurrir a la aplicación analógica de la fuente convencional, específicamente al Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940.

   En el caso analizado se produce una extraña situación en materia de aval, ya que si tal como vimos en el derecho argentino ante la derogación del artículo 738 del Código de Comercio hay que recurrir a los Tratados de Montevideo de 1940, pronto se descubre que tal como surge del texto del artículo 23 del Tratado de Montevideo de 1940, este

[49] Véase FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 22, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

[50] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara. Obra citada nota 8. En este sentido, conviene recordar que el artículo 16 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, dispone que el contenido del derecho extranjero se establece de oficio por el juez. Aunque, agrega que puede ser requerida la colaboración de las partes.

instrumento no decide acerca de la validez sustancial y efectos del aval, sino tan sólo de su forma. Ello nos coloca ante una suerte de laguna doble francamente absurda.

6. Más allá de la práctica argentina en la materia, debe indicarse que los Tratados de Montevideo así como las Convenciones Interamericanas son tratados comunes, no universales, que deben ser aplicados en aquellos casos que vinculan a Estados miembros.

7. En materia de letra de cambio internacional específicamente, los tribunales argentinos optaron por seguir otra línea de razonamiento de aplicación analógica de las Convenciones Interamericanas (CIDIP I) específicamente en el fallo "Veresit SA le pide la quiebra K.D. Feddersen & CO", en el que se la extiende en su aplicación a letras libradas en Alemania, país que, tal como es sabido, no ha adherido a la CIDIP I de letra de cambio, con base en que a partir de la entrada en vigencia de este texto convencional, las normas de los artículos 23 a 35 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, han dejado de ser aplicables en relación a Argentina.

Si bien es cierto, que la interpretación es consustancial al proceso de aplicación de las normas, porque siempre se hace necesario fijar el sentido, determinar el alcance, esclarecer los puntos oscuros, las ambigüedades y/o las lagunas de una disposición dada antes de disponer sus consecuencias en el caso concreto; no es menos cierto que resulta altamente inconveniente a estas alturas de la evolución del sistema de derecho internacional privado argentino, que los jueces ante la ausencia de normas expresas en materia de letra de cambio internacional se encuentren inclinados a realizar aplicaciones analógicas extendiendo desmesuradamente el ámbito de los convenios internacionales o llevados a la práctica de los cálculos matemáticos de

8. probabilidades.

VII. PROPUESTAS FINALES

En tal sentido, propicio que se llegue a una de esas tres soluciones:

1) A la aplicación del artículo 738 del Código de Comercio que establece que "Las contestaciones judiciales que se refieren a los requisitos esenciales de las letras de cambio, su presentación, aceptación, pago, protesto y notificación, serán decididas según las leyes y usos comerciales en los lugares donde los actos fuesen practicados. Sin embargo, si las enunciaciones hechas en la letra de cambio extranjera son suficientes según las leyes en la República, la circunstancia de que sean defectuosas según las leyes extranjeras, no pueden dar lugar a excepciones contra los endosos agregados ulteriormente en la República". Esta solución la fundo en que esta disposición no ha perdido vigencia al no haber sido sustituida al momento de su derogación por una norma posterior de igual rango, o bien,

2) A la aplicación de las normas sustanciales del decreto ley 5965/63 en materia de letras de cambio domésticas a las letras de cambio internacionales. En apoyo de esta línea de pensamiento se puede válidamente argüir, que el legislador argentino al redactar el Decreto Ley 5965/63 tuvo como primordial fuente de inspiración a la Convención de Ginebra de 1930 sobre Conflictos de Leyes en materia de Letra de Cambio.

3) A la urgente sanción de normas de derecho internacional privado que regulen apropiada y acabadamente la letra de cambio internacional en la fuente interna, reuniéndolas orgánicamente en un cuerpo normativo autónomo que introduzca disposiciones específicas relacionadas con la tradicional letra de cambio internacional así como la celebrada por medios electrónicos[51]. Espero que alguien asuma esta responsabilidad.

BIBLIOGRAFIA

- ALCORTA, Amancio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Segunda Edición. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1927.
- ALEGRIA, Héctor. Ponencia presentada sobre “Normas de derecho internacional y la acción ejecutiva en las letras de cambio”, Jornadas sobre Letras de Cambio, Pagarés y Cheques celebradas en Córdoba 1964.
- ALTERINI, Atilio A., "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 41, 2000.
- APARICIO, Juan M. “Régimen internacional de la letra de Cambio”, *La Ley* 151, pág. 1019.
- BASABE, Nélida, "Resolución de conflictos en Internet", en Revista Jurídica La Ley 2001-B, 904.
- BERGÉ, Jean - Sylvestre, "La résolution des conflits de lois", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.
- BIOCCA, Stella Maris, CÁRDENAS, Sara, BASZ, Victoria, Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte general. 2ª edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.
- BOGGIANO, Antonio. Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales. Abeledo Perrot. Segunda edición ampliada y actualizada. 2000.

[51] En el mismo, sentido, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B., *DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, presentado ante Honorable Consejo Directivo del Colegio de Abogados de San Isidro, en junio de 2005.

- BONNEMAISON W, J. L. “La aplicación del Derecho Extranjero” Conferencia dictada en Valencia, 1999.
- BRENNA, Ramón G., “Espacio virtual sin ubicación ni ley”, en Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional, ALTMARK, Daniel (dir.) y BIELSA, Rafael (coord. Académico), volumen 7. Comercio electrónico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001.
- BRIZZIO, Claudia R., La informática en el nuevo derecho, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en Revista Jurídica La Ley 2001-B, 1281.
- CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica", en ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. (coord.), El comercio electrónico, Ed. Edisofer, Madrid, 2001.
- CAMARA, Héctor. La Letra de cambio y vale y pagaré. Tomo II. Ediar. Primera Edición. 1980.
- CANDELARIO MASÍAS, Isabel, "Breves apuntes sobre la formación del comercio electrónico", en Âmbito Jurídico, dez/98. Disponible en http://ambito-juridico.com.br/aj/int0002.htm.
- "El Comercio Electrónico: estudio particular de la Directiva Europea 31/2000", disponible en http://www.e-iure.com/tec/links/espain/doctrina/htm.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Las Sentencias y las Normas extranjeras en el Proceso Civil.* Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1968.
- CHALITA, Graciela E. y NOODT TAQUELA, María Blanca *Unificación del Derecho Internacional Privado. CIDIP-I, II y III*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1988, Págs. 53 y 61.
- COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en Revista Doctrina Judicial 2000-3-445.
- DALL ´AGLIO, Edgardo Jorge, "Contratos concluidos por ordenador. Formación y exteriorización de la voluntad. Formación del contrato", en Revista Jurídica La Ley Córdoba 19-V-1990.

Disponible en www.casi.com.ar/institutos/ derecho_int_privado/dictamen_DIP.doc. Resumen publicado en

- DOLLINGER, Jacob. “Application, prof., and Interpretation of Foreign Law: A comparative study in private internacional law*”. Arizona Journal of International and Comparative Law*. 1995.

- *Direito International Privado: Parte Geral*. 6a. Edición. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 269

- DRAETTA, Ugo, “Internet et Commerce Électronique en Droit International des Affaires”, en Recueil des Cours, Tomo 314, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2005

- DURAN AYAGO, Antonia. “La ejecución de títulos cambiarios extranjeros en España”. Capítulo de la obra colectiva coordinada por CANDELARIO MACIAS, Isabel y OVIEDO ALBAN, Jorge, *Derecho Mercantil Contemporáneo.* Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colección de Derecho Privado y Globalización. Colombia, 2005.

- KATSH, Ethan, “Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace”, en Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006. Disponible en http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/katsh.htm

- FARAH, Youseph, “Critical analysis of online dispute resolutions: the optimist, the realist and the bewildered”, en Computer and Telecommunications Law Review, 2005.

- FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en Revista Doctrina Judicial, 1998-2-873.

- “España y una completa regulación para Internet (Sobre su proyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico)”, 2002, disponible en http://www.informatica-juridica.com/trabajos/

- FAUVARQUE - COSSON, "Le droit international privé classique à l´épreuve des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia. *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004 y Reimpresión de 2007.

- "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en Anuario Departamentos de Derecho Privado, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.
- Derecho Internacional Privado. Parte especial, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.
- Contratos internacionales, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Jurisdicción internacional en materia contractual, en Alterini, Atilio A. (dir.), Sistema jurídico en el MERCOSUR, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- "La prestación más característica del contrato o la polémica continúa", ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999.
- “Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet”, en Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades. Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.
- “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser, en Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky, Fundación de Córdoba, 2005.
- “Internet y Derecho Aplicable" en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.
- “Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico”, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.
- “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernetico por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.
- “El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.
- “Internet: Un Golem de la Postmodernidad”, Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., "La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica", en Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), ISSN N° 1514-9358, Volumen XI, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2007.

- FÉRAL - SCHUHL, Christiane, "La mise en application des décisions de justice", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.

- FERMÉ, Eduardo. *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*. Montevideo 1979, Ponencia presentada en las Segundas Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales en las Segundas Jornadas Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 27 al 29 de julio de 1983

- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales", en Revista Electrónica de Estudios Internacionales N° 5. Disponible en www.reei.org.

- FERRER RAMÍREZ, Raquel, "El Comercio Electrónico y la Contratación B2B" en Noticias de la Unión Europea, N° 235/236, Agosto/Septiembre de 2004, Año XX, Bilbao, ps. 55 a 60.

- FLAH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam, Capítulo "La teoría de la imprevisión en la emergencia económica. Temas de Derecho Civil." Homenaje a Andrés Aguilar Mawdskey. *Colección de Libros Homenaje* N° 14, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2004.

- GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en Revista Jurídica La Ley 2000-A, 902.

- "Contrato en Internet. Ley aplicable - Autonomía de la Voluntad", en Revista Jurídica La Ley 2000-C, 1053.

- GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J. El título ejecutivo europeo. Cuadernos Civitas. Thomson. Civitas. 2006.

- GARRIGUES, J. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo II, Títulos Valores, Madrid, 1955

- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia* - 8ª Ed., Buenos Aires, Depalma.
- GOLDSCHMIDT , Werner. El derecho extranjero en el proceso" *E.D.* 115, Pág. 802.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional, Ed. Colex, Madrid, 2005.
- GRAHAM, James, "La deslocalización del arbitraje virtual", en Revista de Derecho Informático Nº 040 - Noviembre del 2001, Ed. Alfa-Redi . Disponible en http://www.alfa-redi.org/
- "El acuerdo arbitral virtual", en Revista de Derecho Informático Nº 041 Diciembre del 2001, Ed. Alfa-Redi . Disponible en Disponible en http://www.alfa-redi.org/
- GUZMAN LATORRE, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- HUET, Jérôme, "Le droit applicable dans les réseaux numériques", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.
- JIJENA LEIVA, Renato, "Comercio electrónico y Derecho", en Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 43, febrero de 2002. Disponible en www.vlex.com.
- JOHNSON David R. y POST, David G., "And how should the Internet be governed?" disponible en http://www.cli.org/emdraft.html.
- LORENZETTI, Ricardo. "Los contratos de emergencia económica". *La Ley* 1993-C-811
- MALDONADO ELVIRA, Sergio, "Contratos Electrónicos Internacionales con el Consumidor: Jurisdicción Competente y Ley Aplicable", en Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 12, julio de 1999. Disponible en www.vlex.com.
- MARAIS, Bertrand du, "Auto régulation, régulation et co - régulation des réseaux", Coloque "Droit de l´Internet: approches européennes et internationales", 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html.
- MEDINA, Flavia, "La contratación por medios electrónicos y la compraventa internacional de mercaderías: ¿hay que revisar la reserva de Argentina al ratificar la Convención de Viena que impone la forma escrita?", en Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado, 7, 8, y 9 de junio de 2001, Facultad de Derecho,

Universidad de Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales (CEDyCS), Buenos Aires, 2001.

- NUÑEZ, Javier, "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en Jurisprudencia Argentina 1999-II, ps. 929 a 940.
- OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.
- "La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 203, ps. 1-6.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional. El tratamiento procesal del derecho extranjero en los países de América del Sur.* Serie Estudios. Separata del Boletín de la Academia de Ciencias, Políticas y Sociales de Venezuela, Año XXXII, pp. 41/73.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, "Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004" en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, noviembre de 2005.
- RAMOS SUÁREZ, Fernando, "Problemas jurídicos del Comercio electrónico", en Revista Electrónica de Derecho Informático N° 2, septiembre de 1998, disponible en www.vlex.com.
- RODRIGUEZ, Mónica Sofía. "El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales". Publicado en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Disponible en diario jurídico, www.eldial.com.ar. Editorial Albremática, 2005.
- SALERNO, Marcelo U., "Los contratos en el Mercado Virtual", el Revista Jurídica La Ley 1999-E, ps. 1127-1130
- SARRA, Andrea V., Comercio electrónico y derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
- SMITH, Juan C. "El decreto ley 5965/63 y el régimen internacional de la letra de cambio" *La Ley* 115, pág. 840.
- TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en Revista Jurídica La Ley 2002-C, 1093.
- VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo III, Turín, 1904.

- WEISMAN, Karina, "Internet y los contratos: la adecuación del derecho y de los abogados a este nuevo medio de contratación", en Revista Doctrina Judicial 2001-3-151.
- WILSKE, Stephany SCHILLER, Teresa, "International jurisdiction in Cyberspace: Which States may regulate the Internet?, disponible en http://www.jmls.edu/cyber/index/juris1.html.

ANEXO

Letra de cambio librada y aceptada en Brasil. Aval (Argentina). Lugar de pago (Argentina). Laguna normativa en fuente interna. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Aplicación analógica. Aplicación de oficio del derecho extranjero. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional Privado CIDIP II. Excepción de inhabilidad de título y prescripción. Rechazo. Pesificación. Improcedencia. Decreto 410/02.

2º instancia. Bahía Blanca, mayo 20 de 2008.- Cámara 1ª Civ. y Com., Bahía Blanca, sala II, 20/05/08, Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Melendi, Omar Darío y otra s. cobro ejecutivo.

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 20 días del mes de mayo de 2008, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Dos de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial Doctores Leopoldo Peralta Mariscal y Abelardo Ángel Pilotti, para dictar sentencia en los autos caratulados: "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Melendi Omar Darío y otra s. cobro ejecutivo" (Expediente Nro. 126.948) , y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Pilotti y Peralta Mariscal, resolviéndose plantear y votar las siguientes cuestiones:

1ra.) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada de fs.73/75? 2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Doctor Pilotti, dijo:

I. El Banco de la Provincia de Buenos Aires promovió este proceso ejecutivo persiguiendo el cobro de la suma de U$S 31.907,88 más sus intereses. Relató que el crédito se halla instrumentado en ocho letras de cambio libradas y aceptadas por los ejecutados en la ciudad de Curitiba, Brasil, a favor de Volvo do Brasil Vehículos Ltda. Agregó que la obligación del aceptante fue avalada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, quien efectivamente cumplió con el pago de la misma porque correspondía a un crédito documentario para una operación de importación concretada por los ejecutados. Alegando que éstos se negaron a abonar al Banco el importe que éste había cancelado, procura por esta vía el cobro de lo pagado aclarando que el crédito responde a una operatoria internacional, lo que lo excluye de la aplicación de las normas de emergencia que dispusieron la pesificación de las deudas contraídas en moneda extranjera en nuestro país.

Los ejecutados opusieron las excepciones de inhabilidad de título y prescripción. Fundaron la primera en la afirmación de que resulta aplicable al caso la ley argentina por ser este país el lugar donde debían pagarse las letras en ejecución; por lo tanto entienden que el crédito se encuentra alcanzado por la pesificación vigente en nuestro territorio, quedando fuera de las previsiones del decreto 410/02, que excluyó de la pesificación a las obligaciones para cuyo cumplimiento resulte aplicable la ley extranjera. Argumentaron también que si el ejecutante sostenía que su pretensión

debía juzgarse bajo normas de derecho extranjero tenía la carga de probar el contenido de la legislación que consideraba aplicable. Por otra parte alegaron que la acción correspondiente a dos de las letras de cambio se encuentra prescripta por haber transcurrido más de tres años desde la fecha de su vencimiento.

Contestado el traslado de las excepciones, la *a quo* dictó sentencia rechazando las defensas opuestas y mandando llevar adelante la ejecución por la cantidad de dólares estadounidenses reclamados en la demanda.

Los ejecutados se alzan contra el pronunciamiento, expresando sus agravios a fs. 80/89. Sostienen –en síntesis- que el fallo es contradictorio pues, tras considerar aplicable al aval la ley argentina, resuelve el caso bajo la regulación del decreto 410/02 cuyo presupuesto es la aplicación de la ley extranjera. Critican también los fundamentos expuestos por la sentenciante para desestimar la excepción de prescripción argumentando que el tratamiento de esta defensa bajo la normativa extranjera se contrapone al criterio utilizado para analizar la restante excepción. Critican enfáticamente, además, que la *a quo* haya recurrido a la legislación vigente en un país extranjero sin que mediara prueba de ese derecho por parte del interesado en su aplicación; ese proceder –dicen- es contrario a lo que dispone el art. 13 del Código Civil. Se quejan también de que la sentenciante haya omitido pronunciarse sobre la pertinencia de la prueba que ofrecieron para acreditar los hechos que en parte fundan su defensa.

A fs. 96/99 obra la respuesta del ejecutante al memorial de agravios.

Por resolución de la Presidencia del Tribunal se dispuso como medida para mejor proveer la agregación del texto de la ley vigente en la República Federativa de Brasil sobre letra de cambio, diligencia que fue cumplida a fs. 117/133 cuando se recibió la respuesta del pedido formulado a tal fin a la Embajada de ese país. Ejecutoriada la providencia que ordenó agregar y puso de manifiesto esa documentación, el recurso se encuentra en condiciones de ser tratado.

II. Las defensas opuestas por los ejecutados traen a consideración del órgano jurisdiccional dos cuestiones que son objeto de estudio del Derecho Internacional Privado: la primera consiste en determinar si resulta aplicable al caso planteado la ley vigente en nuestro país, que es el lugar de pago de las letras de cambio, o la que rige en el lugar donde las cambiales fueron giradas y aceptadas; la segunda, en caso de que se arribe a la conclusión de que el conflicto debe dirimirse bajo las normas del derecho extranjero, es cómo se incorpora al proceso dicha legislación.

II. a) El decreto ley 5965/63 derogó el art. 738 del Código de Comercio que contenía la norma de conflicto que convocaba al derecho del lugar donde los actos de presentación, aceptación, pago, protesto y notificación fueran practicados, para resolver las controversias que se suscitaren sobre tales actos. Esta norma aplicaba el sistema *locus regis actum* y consagraba el principio de autonomía e independencia de los actos cambiarios.

La referida derogación no vino acompañada por una regulación que estableciera disposiciones directas ni indirectas para solucionar los conflictos suscitados con motivo de la circulación de las letras, frecuentes por la propia naturaleza de estos instrumentos de cambio. Se generó así un

verdadero vacío en el derecho de colisión que debe ser llenado por el intérprete recurriendo a otras disposiciones legales que resulten compatibles con la naturaleza de la obligación en análisis. La pretensión de los recurrentes de que la situación se juzgue en base a lo dispuesto por el art. 1209 del Código Civil conduce al primer aspecto del análisis, que es la calificación del acto. Y no () caben dudas –tampoco las plantean los ejecutados- de que el acto es de naturaleza comercial, específicamente regulado por la legislación cambiaria. En esta materia el problema de las calificaciones está previsto en los Tratados de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 y 1940 que disponen ambos que los actos jurídicos serán considerados civiles o comerciales con arreglo a la ley del Estado en donde se realizan.

Tratándose de un acto de naturaleza comercial no cabe recurrir a la norma de conflicto contenida en el Código Civil en la medida en que existen disposiciones específicas que establecen la ley aplicable a las cuestiones relativas a la letra de cambio. Me refiero al Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, ratificado por la República Argentina mediante el decreto 7771/56. El art. 23 de esta convención dispone que la forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos en materia de letras de cambio, se sujetará a la ley del Estado en cuyo territorio se realicen dichos actos; el art. 25, por su parte, establece que las relaciones jurídicas que resultan entre el girador y el beneficiario respecto del giro de una letra, se regirán por la ley del lugar en que aquélla ha sido girada, y que las que resultan entre el girador y la persona a cuyo cargo se ha hecho el giro lo serán por la ley del lugar en donde la aceptación debió verificarse; el art. 26 manda aplicar la ley del lugar donde ha efectuado la aceptación a las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle.

Esta última norma es la que establece el punto de conexión necesario para dirimir la cuestión que venimos analizando. Del texto de las letras de cambio cuya suscripción reconocen los ejecutados surge que las mismas fueron libradas y aceptadas por ellos en la ciudad de Curitiba, perteneciente a la República Federativa de Brasil. Resulta entonces de aplicación al caso la legislación vigente en materia de letra de cambio en ese Estado.

II. b) A partir de la conclusión arribada en el apartado anterior corresponde ahora dilucidar cómo se introduce en el proceso el derecho extranjero considerado aplicable.

El art. 13 del Código Civil dispone que la aplicación de las leyes extranjeras nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo estará la prueba de la existencia de dichas leyes. La norma se enrola en la corriente dispositiva poniendo a cargo de las partes la carga de la invocación y prueba del derecho extranjero que pretenden aplicable al caso, al contrario de la tesis de la oficialidad que entiende que el juez debe aplicar obligatoriamente y de oficio la ley foránea. Pero la aparente rigidez de la norma se ve atenuada por la excepción contenida en la segunda parte que reza: "Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial". Esta excepción es consecuencia directa del principio de supremacía consagrado en los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución

Nacional y constituye una hipótesis de aplicación de la teoría de la oficialidad en la incorporación del derecho extranjero.

En este orden de ideas cabe recordar que el Protocolo Adicional a ambos Tratados de Montevideo dispone en el art. 2 que la aplicación de las leyes de los Estados Contratantes será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada. Por su parte la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado suscripta en Montevideo el 8 de mayo de 1979, también en su art. 2, establece que "Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar acerca de la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Esta convención fue aprobada por la República Argentina el 27/9/83 mediante la ley 22.921 y ratificada por la República Federativa de Brasil el 31/8/95.

Siguiendo la tendencia que en este sentido propugna la doctrina más autorizada (ver autores citados en "Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado" dirigido por Belluscio, T. 1, comentario al art. 13), tanto la Corte Federal como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se han pronunciado por la aplicación oficiosa de la ley extranjera en los supuestos en que existe una norma de conflicto que la convoca (causa "Vázquez Castiñierias, Ramiro s. extradición" fallada por la Corte Suprema de la Nación el 10/8/1995, publicada en ED 167-152 con comentario de Raúl Alberto Ramayo, y "Soto, Javier c. Exxe S.A. s. despido" fallada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el 28/4/2004).

Y si los jueces están obligados a aplicar el derecho extranjero en un caso sometido a su decisión, lógico es concluir que tienen también el deber de informarse acerca del contenido de esas leyes, sin perjuicio de la facultad que asiste a las partes de arrimar pruebas o aportar datos que faciliten esa averiguación.

III. Si el razonamiento que vengo desarrollando es compartido por mi colega de Sala, habremos de concluir que las defensas opuestas por los ejecutados deben analizarse en función de las previsiones contenidas en la ley que rige la letra de cambio en Brasil, lugar en que fueron libradas y aceptadas las cambiales que aquí se ejecutan, y que no empece a la aplicación de esa normativa el hecho de que el ejecutante no haya producido prueba para acreditar el contenido de esa legislación.

La excepción de inhabilidad de título que opusieron los deudores no se funda en la existencia de defectos en las formas extrínsecas de las letras de cambio; ello así, el cuestionamiento no encuadra en el marco de análisis que corresponde a esta defensa. La prueba que ofrecieron intentaba acreditar hechos que hacen a la causa de la obligación, actividad vedada en el proceso ejecutivo en virtud de lo dispuesto por el art. 542 inc. 4º del Código Procesal. Esta cuestión fue tratada y resuelta por la sentenciante en el primer considerando del fallo, por lo que el agravio que vierten los recurrentes sobre este punto no merece acogida.

No obstante ello cabe atender al planteo relativo a la aplicación de las leyes de emergencia que dispusieron la conversión de las deudas contraídas en moneda extranjera a fin de establecer el importe por el que habrá de llevarse adelante la ejecución. Para eso es necesario determinar si la obligación cuyo cumplimiento se reclama se encuentra exceptuada de la pesificación dispuesta por la ley 25.561, decreto 214/02 y demás disposiciones que se dictaron en consecuencia.

El decreto 410/02 –en lo que aquí interesa- declara en su art. 1º que no se encuentran incluidas en la conversión a pesos establecida en el art. 1º del Decreto 214/02: "a) las financiaciones vinculadas al comercio exterior otorgadas por las entidades financieras, en los casos, con las condiciones y los requisitos que el Banco Central de la República Argentina determine. … e) las obligaciones del sector público y privado de dar sumas de dinero en moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulte aplicable la ley extranjera". Entiendo que no corresponde encuadrar sin más la situación en el primero de los incisos transcriptos porque, aunque medie coincidencia entre las partes sobre la naturaleza del negocio que motivó la suscripción de las letras, hemos declarado que no corresponde pronunciarse aquí sobre cuestiones relativas a la causa obligacional y por ello se ha vedado a los excepcionantes la posibilidad de arrimar pruebas a su respecto. Pero de acuerdo con la conclusión expuesta al final del apartado II a) considero que el caso encuadra en la excepción prevista en el inciso e) de la norma en análisis, por lo que he de proponer que en este aspecto se confirme el fallo recurrido.

IV. La excepción de prescripción se funda en lo dispuesto por el art. 96 del decreto ley 5965/63, que establece el plazo de prescripción de tres años para toda acción emergente de la letra de cambio contra el aceptante.

Remitiéndome nuevamente a los conceptos vertidos sobre la legislación aplicable y trayendo también al análisis de esta cuestión lo dispuesto por los arts. 25 y 26 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, concluyo que el plazo de prescripción que corresponde a esta acción es el contemplado en el Decreto 2044 de 1908, ley vigente en el lugar de creación y aceptación de las letras según el informe agregado a fs. 118.

Este decreto establece en su art. 52 que la acción cambial contra el librador, el aceptante y los respectivos avalistas prescribe a los cinco años; el art. 53 dispone que este plazo se cuenta desde el día en que la acción pudo promoverse. Las mismas normas fijan distinto plazo y punto de partida para la acción de regreso, pero aquí el Banco ejecutante ha promovido la acción directa contra el aceptante de las letras de cambio en reembolso de lo pagado en su condición de avalista del mismo, razón por la cual el término y su cómputo se rigen por las pautas fijadas al comienzo de ambos artículos citados.

Teniendo en cuenta que las letras a las que se refiere la excepción vencieron el 14 de diciembre de 2001 y que la demanda que dio inicio a este proceso se promovió el 2 de junio de 2005, cabe concluir que la acción respectiva no se hallaba prescripta.

Por estas consideraciones voto por la afirmativa.

Por los mismos fundamentos el señor juez doctor Peralta Mariscal votó en igual sentido.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Doctor Pilotti dijo: De acuerdo con el resultado arribado al votar la cuestión anterior corresponde confirmar la sentencia apelada. Propongo que las costas se impongan a los recurrentes que resultan vencidos también en esta instancia (art. 556 del Código Procesal). Así lo voto.

El señor juez doctor Peralta Mariscal votó en igual sentido.

Con lo que terminó este Acuerdo dictándose la siguiente sentencia.

Bahía Blanca, 20 de mayo de 2008.-

Y vistos: considerando: que en el Acuerdo que antecede ha quedado resuelto que se ajusta a derecho la sentencia apelada.

Por ello se confirma la sentencia de fs. 73/75, con costas a los apelantes. Difiérese la regulación de honorarios hasta que se practique la de la instancia anterior (art. 31 del dec. ley 8904). Hágase saber y devuélvase.- L. L. Peralta Mariscal. A. A. Pilotti.

Sonzinni, Graciela y otro s. pedido de quiebra a Transener

Juz. Nac. Com. nº 23, 17/03/04, Sonzinni, Graciela y otro s. pedido de quiebra a Transener S.A.

Obligaciones negociables. Certificado. Legitimación activa. Pesificación. Improcedencia. Dec. 410/02. Derecho aplicable. Autonomía de la voluntad conflictual.

Publicado en LL 2004-C, 956, con nota de G. Bouzat y en IMP 2004-B, 2873.

1º instancia.- Buenos Aires, marzo 17 de 2004.-

Considerando: I. En su calidad de titulares de las obligaciones negociables referidas en el escrito inicial, los actores solicitaron la declaración de quiebra de Transener S.A., invocando al efecto el incumplimiento por ésta de los pagos debidos en virtud de tales obligaciones.

La demandada resistió el progreso de la acción.

A estos efectos, negó hallarse en estado de cesación de pagos, realizando cierto depósito a embargo con el fin de demostrarlo.

Sin perjuicio de ello, planteó otras tres defensas.

En primer lugar, cuestionó la legitimación de los demandantes, negando que el certificado al efecto acompañado fuera idóneo para acreditar la calidad de obligacionistas invocada por éstos.

En segundo lugar, y subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad del dec. 677/2001 en tanto base normativa para la emisión del referido certificado.

Y, finalmente, adujo que era improcedente la pretensión de que su parte cancelara en dólares las obligaciones emitidas. En este sentido, expresó que los montos respectivos debían considerarse pesificados, invocando la inaplicabilidad de la excepción prevista en el dec. 410/2002, cuya inconstitucionalidad también articuló.

II. Razones de precedencia lógica imponen tratar en primer lugar la alegada falta de legitimación de los peticionantes.

De la reseña que antecede resulta que el certificado al efecto acompañado por éstos fue cuestionado por la emplazada tanto en su aspecto formal, cuanto sustancial.

A mi juicio, no asiste razón a la defensa en ninguno de ambos planteos.

Desde un punto de vista formal, encuentro que el aludido certificado reúne los recaudos necesarios para acreditar el extremo cuestionado.

No obsta a ello que en él se exprese que las referidas obligaciones se encuentran registradas "en custodia" a nombre de los actores.

Primero, porque tal mención, acompañada de la aclaración del carácter de "depositantes" que corresponde a éstos, no predica ni descarta la titularidad de tales obligaciones por ellos, pero presupone su legitimación, que es lo que aquí interesa.

Y segundo, porque dicha mención –reitero: la alusión al registro en "custodia"- no puede interpretarse en forma aislada, sino a la luz de las restantes constancias del mismo documento.

Desde esta perspectiva, y siendo que la Caja de Valores dejó expresa constancia de que expedía el mencionado documento en los términos del art. 4 inc. e) del decreto N° 677/01 y aclaró que con él se acreditaba "…la existencia del saldo registrado en la cuenta comitente…", es claro que cualquier duda acerca de los alcances de la mención examinada, debe entenderse superada.

III. Paso, en consecuencia, a ocuparme de examinar las objeciones de fondo levantadas en contra de la certificación cuestionada.

La demandada planteó la inconstitucionalidad del dec. 677/2001 que justificó el libramiento del aludido documento.

A estos efectos, invocó que, al dictarlo, el P.E.N. había excedido las facultades que le había delegado la ley 25.414 y las que le correspondían por virtud de lo dispuesto en los arts. 76 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

Un primer examen de la cuestión podría llevar a reconocerle razón.

En efecto: de los arts. 76 y 99 inc. 3 de la Constitución se infiere la necesidad –ínsita en el llamado "derecho de emergencia"- de que las medidas adoptadas en sus términos sean esencialmente transitorias, esto es, con vigencia circunscripta a la situación que las justifica.

En el caso, la normativa cuestionada se aparta de tal designio: ella no introduce un instrumento conyuntural sino uno definitivo, que, como tal, podría extralimitar las facultades que, en esta materia, asisten al Poder Ejecutivo por razón de la emergencia, toda vez que desconoce el recaudo –límite temporal- al que nuestra Corte ha condicionado la validez de las medidas de esta índole (Fallos 323:1566).

Y parece apartarse también de los restantes presupuestos que justificarían el ejercicio de tal atribución por el Poder Administrador.

Pues, en rigor, de lo que el decreto atacado se ocupa, es de establecer cómo hacer para comprobar judicialmente la calidad de obligacionista y cuál es el mecanismo a seguir a efectos de obtener el instrumento respectivo, introduciéndose en una materia que, ni fue prevista en la ley cuyas facultades delegadas aquél invocó, ni exhibe ninguna urgencia que legitime su actuación a la luz de lo dispuesto en el 99 inc. 3 de la Constitución.

En tal marco, podría sostenerse que la regulación cuestionada altera de modo sustancial y permanente las relaciones entre acreedores y deudores; alteración que, como reiteradamente ha

sostenido nuestra Corte Nacional, es atribución concedida por la Constitución al Congreso (art. 75 inc. 12 C.N.), con la consecuencia de que su ejercicio por el Poder Ejecutivo importa violación del esquema constitucional de competencias entre los poderes del Estado.

No obstante, la cuestión admite ser examinada desde otra perspectiva, desde la cual puede arribarse a solución distinta –esto es, a la constitucionalidad de tal decreto- y, por ende, preferida.

Es verdad que, como dije, el Poder Ejecutivo no ejerció facultades delegadas, desde que tal delegación no existió con el alcance de habilitarle a regular esta cuestión.

Y verdad es también que tampoco ejerció –al no configurarse la urgencia que hubiera justificado el uso de tal atribución- las facultades, no ya delegadas sino propias, que le concede el art. 99 inc. 3° de la Constitución.

Pero de ello no se deriva que el decreto cuestionado sea inconstitucional dado que, si bien por su contenido él no podía ser dictado con sustento en dichas normas, sí podía serlo con apoyo en lo dispuesto en el inciso 2° del citado art. 99 de la misma Constitución.

Y podía serlo porque dicho decreto constituye una adecuada reglamentación, no de la ley 25.414, sino de la ley 23.576 sobre obligaciones negociables.

Es verdad que tal facultad –la de reglamentar las leyes sin alterar su espíritu- no fue siquiera invocada por el creador de la norma cuestionada.

Y verdad es también que, a efectos de justificar tal creación, dicho órgano invocó el ejercicio de una delegación que pretendió contenida en ley distinta de la citada ley 23.576.

Pero ello no puede volver inconstitucional el decreto.

Pues, si determinada norma de la Constitución Nacional otorgaba al Poder Ejecutivo facultades suficientes para dictarlo, ese decreto es válido aunque haya sido creado con invocación de fuentes que, en cambio, no le otorgaban tal atribución.

Ello, a mi juicio, sucedió en el caso.

Nótese que si la norma cuestionada hubiera sido creada en ejercicio de la natural y arquetípica función reglamentaria de las leyes que corresponde a ese Poder, ninguna duda cabría acerca de su constitucionalidad.

Y no habría dudas, pues, por su contenido, el aludido decreto no sólo no altera el espíritu de la ley 23.576, sino que, en tanto instrumenta un mecanismo destinado a evitar que se frustren los derechos de los obligacionistas que dicha ley ha procurado preservar, permite su vigencia práctica.

Tal afirmación se confirma a la luz del régimen de circulación impuesto a las obligaciones de que aquí se trata.

Ellas fueron emitidas en forma cartular y representadas en un título global nominativo no endosable, librado a nombre de CEDE & Co, que se encuentra en un sistema de depósito colectivo en los Estados Unidos (D.T.C.).

Está fuera de cuestión que la emisión de ese título fue sólo un mecanismo tendiente a facilitar la negociación de las aludidas obligaciones en el mercado internacional de capitales, connatural a ellas.

Y fuera de cuestión también está que la propiedad individual de cada una de ellas no corresponde a CEDE & Co, sino que recae en los llamados "beneficiarios", que la detentan por medio de quienes, a su vez, revisten la calidad de "participantes" en el título.

Todo esto es consecuencia del sistema de negociación adoptado, el que deriva en esta particularidad: pese a su representación cartular, los derechos expresados en el título global no circulan con ajuste a tal régimen documental –que impondría la entrega material de los documentos respectivos a cada titular-, sino con ajuste a un sistema escritural.

Es decir: emitido el título a nombre de CEDE & Co según situación que se mantiene, fue suscripto por quienes a partir de entonces asumieron la calidad de "participantes", instrumentándose esa participación, no mediante la transferencia física de la lámina, sino mediante su inscripción en los registros de la entidad depositaria.

Y las obligaciones respectivas fueron, a su vez, ofrecidas por tales participantes –inversores institucionales- a otros inversores particulares o "beneficiarios", los que, como ocurre en el presente caso con los actores, pasaron a ser los verdaderos titulares de los derechos económicos involucrados en la emisión.

En tal marco, resulta por completo razonable instrumentar un sistema que permita a estos obligacionistas hacerse del título que ha de otorgarles legitimación para el ejercicio de sus derechos.

De ello se encarga el cuestionado decreto, sin cuya regulación éstos no podrían ejercer la acción que la ley de fondo les concede (art. 29 de la ley 23.576), ni podrían ejercer ninguna otra al hallarse privados de toda base documental que los habilite al efecto.

El decreto cuestionado, por ende, importa una razonable reglamentación del presupuesto a reunir para iniciar tal acción, haciendo cesar la situación de indefensión en la que se hubieran encontrado los obligacionistas privados de la documentación necesaria para acreditar su legitimación.

Se ocupa, por ello, nada menos que de asegurar a aquéllos el ejercicio de su derecho a la jurisdicción, proceder que, dada la garantía constitucional respectiva, habilita a concluir que el decreto cuestionado no sólo no afecta principios constitucionales sino que afianza su vigencia, al remover los obstáculos que impedían el ejercicio por los obligacionistas del aludido derecho.

Por eso concluyo del modo anticipado: el decreto es válido, conclusión que se confirma si se atiende a que, al realizar el control de constitucionalidad que hace a la esencia de nuestro sistema jurisdiccional, los jueces no pueden limitarse a una valoración formal de las normas involucradas, sino que deben llevar a cabo una interpretación axiológica; es decir, una interpretación que, hurgando no sólo en la letra sino también –y principalmente- en el espíritu de tales normas, tenga

por télesis determinar cuál es el sentido y valor que ellas tienen desde el punto de vista de la Constitución considerada en su conjunto.

Desde tal perspectiva, forzoso es concluir que, acotado el cuestionamiento a la argumentación de que el Poder Ejecutivo carecía de las facultades que invocó, él pierde toda su fuerza de convicción si lo hecho por tal órgano se aprecia a la luz de otras disposiciones de la misma Constitución.

Y ello con mayor razón si la cuestión se aprecia a la luz de la reiterada doctrina de la Corte Suprema según la cual, a efectos de establecer el sentido y alcance de un texto legal, él no puede ser interpretado aisladamente sino correlacionado con los demás que disciplinan la materia que integra, tomada ésta como un todo coherente y armónico en su conjunto (Fallos 320:783, entre otros).

Por lo demás, como dije, encuentro que la reglamentación contenida en el decreto se ajusta a la letra y al espíritu de la ley 23.576.

No ignoro que las obligaciones negociables de que aquí se trata no son escriturales, sino que han sido representadas en forma cartular y en un título global.

Forzoso podría parecer, entonces, descartar la posibilidad de los obligacionistas de requerir el cobro de las obligaciones incumplidas con prescindencia de esa representación documental.

Así lo impone el derecho de fondo, del cual se infiere que, siendo dichas obligaciones títulos de crédito, resúltales aplicable el principio –inherente al régimen de tales títulos- según el cual los derechos que derivan de éstos no existen en forma separada de los documentos respectivos.

Es decir: éstos "incorporan" los derechos que instrumentan, cumpliendo a su respecto una función constitutiva, que hace de tales documentos el sustrato material de esos derechos sin el cual éstos no pueden ser ejercidos, o, en su defecto, no desobligan al deudor.

Este, como dije, es el régimen que resulta de la ley de fondo, que el Poder Ejecutivo no podría alterar por vía reglamentaria sin exceder sus referidas atribuciones constitucionales.

Pues bien: un primer examen superficial de la cuestión podría llevar a sostener que ello habría ocurrido en el caso, dado que, al habilitar a la Caja de Valores a expedir los aludidos certificados, el decreto cuestionado se apartó del régimen aplicable a las presentes obligaciones en tanto representadas en forma cartular.

No obstante, la respuesta no puede ser proporcionada sin atender a la particularidad de la emisión que aquí se trata.

Ella fue cartular, sí, pero también global, es decir, formalizada en un único documento representativo de obligaciones cuya titularidad estaba llamada a recaer –y así sucedió- en miles de inversionistas autónomos.

Naturalmente, dadas esas condiciones, el llamado "principio de necesidad" que gobierna la materia no puede funcionar del modo en que lo hace cuando el derecho cartular es objeto de representación individual, sino que debe ser conciliado con la imposibilidad de transmitir al unísono esa única lámina a una multiplicidad de inversionistas que no son copropietarios entre sí, sino titulares autónomos de dichas participaciones.

En tal marco, el decreto cuestionado reguló una concreta cuestión fáctica: la imposibilidad de concretar la aludida transmisión física.

Y lo hizo de un modo que no puede agraviar a la demandada que, tras colocarse ella misma en la referida imposibilidad, ha pretendido invocarla para munirse del bill de indemnidad generado a su favor por la anterior privación jurisdiccional que sufrían los obligacionistas.

Dos argumentos principales corroboran lo expuesto y descartan que se haya configurado exceso en el ejercicio del poder reglamentario.

Uno, vinculado al derecho internacional privado; y otro, a normas inderogables del derecho interno.

El primero exige atender a las reglas a que se sujetan los mercados del mundo, en cuyo ámbito la negociación de este tipo de obligaciones se desvincula de su representación cartular a fin de habilitar un sistema que, orientado a agilizar las operaciones respectivas, las sujeta a regímenes de depósito colectivo que centralizan las transacciones y facilitan su compensación y liquidación.

Y el segundo exige hallar un mecanismo que evite que la negociación así impuesta por la realidad internacional, vulnere normas de la ley de obligaciones negociables imperativas para las partes.

En efecto: aquella negociación internacional exige, como dije, incorporar los derechos de que aquí se trata a un documento global, en el caso emitido a nombre de CEDE & Co.

Si se aplicaran a rajatabla, sin adaptarlas, las normas que rigen circulación de los derechos así representados, forzoso sería sostener que la única legitimada para reclamar el pago sería esta última, única que se encuentra en condiciones de cumplir con el recaudo sine qua non de la legitimación activa así concebida, consistente en la necesidad de exhibir –y en su caso entregar- el documento al deudor que lo cancela.

Con esta necesaria consecuencia: el titular de una participación individual en dicho certificado, por más titular que fuera, no podría reclamar judicialmente el pago sin antes lograr que sus derechos, que se hallan incorporados a aquel documento, fueran "desincorporados" mediante su traspaso a otros documentos idóneos para representar, no ya la emisión global, sino la referida participación individual.

No hay en esto contradicción, sino aplicación de nociones que, como las de legitimación y titularidad, son diversas, diversidad de la que derivan –especialmente en el campo de los títulos de crédito- fecundas consecuencias.

De ellas resulta –en lo que aquí interesa- que, a efectos de juzgar la corrección de un pago, no es necesario indagar si quien lo pretende es titular del derecho involucrado, sino si se halla legitimado a cobrarlo.

Y ocurre que, como dije, mientras las obligaciones en cuestión se encuentren representadas en un documento registrado a nombre de CEDE & Co, esa legitimación sólo corresponde a ésta, so pena de colocar a la demandada en riesgo de pagar dos veces: una, al legitimado cartular (CEDE & Co); y otra, a los inversionistas particulares.

El decreto impugnado se encuentra enderezado, precisamente, a superar tal riesgo.

Permite a los obligacionistas "salir" de ese sistema global, a cuyo efecto no impone la división física de esa única lámina representativa de la emisión total, pero sí su división intelectual, habilitando a la Caja de Valores a otorgar certificados idóneos para acreditar participaciones que, al par que otorgan legitimación a los obligacionistas en forma individual, disminuyen en la misma medida y bloqueo mediante, la que, en el caso, corresponde a CEDE & Co.

No ignoro que el referido título global es permanente, esto es, llamado a representar la emisión durante toda la vigencia del contrato.

Y verdad es que, contraído el empréstito por la deudora con una pluralidad de acreedores que pasan a revestir en idéntica situación jurídica, hay derechos de éstos que sólo pueden ser gestionados en común, mediante la utilización de la estructura -v. gr. funcionamiento de las llamadas asambleas de obligacionistas- al efecto prevista en la ley.

También verdadero es que la celebración del contrato de fideicomiso importa, por lo general, restringir la órbita de facultades individuales, para dar paso a un sistema de representación y defensa común de los obligacionistas.

Pero nada de esto obsta a una realidad: configurada la mora de la deudora como sucede en el caso, nuestro sistema legal se encuentra claramente adscripto al principio según el cual el ejercicio de los derechos que corresponde a cada uno de éstos es separable de los demás.

Que ese es el principio, no hay dudas, desde que, de lo contrario, sería inconcebible el ejercicio de la acción ejecutiva que la ley concede a cada obligacionista a efectos de obtener el cobro de lo que le es debido (art. 29 L.O.N.).

Ese es, reitero, el sistema de nuestra ley, el que, basado en normas protectoras de los inversores inderogables por emisora –dada su trascendente función, vinculada a la necesidad de fortalecer el mercado de capitales y afianzar estas obligaciones como instrumentos del crédito-, sienta la implícita prohibición de impedir el ejercicio individual de los derechos que corresponden a los obligacionistas.

Así resulta de la autónoma facultad de ejecución que les concede el art. 29 de la ley, autonomía que no se desdibuja por la representación común que puedan tener en los términos del art. 13, dado que el representante allí previsto sólo tiene la defensa de los derechos e intereses que colectivamente correspondan a aquéllos.

Desde esa óptica –reitero: desde la óptica que impone un sistema basado en normas protectoras inderogables entre las que se encuentra la facultad de ejecución individual de los accionistas- era absolutamente indispensable que el Poder Ejecutivo reglamentara el modo de superar la referida imposibilidad de obrar en forma individual que antes del dictado del decreto cuestionado pesaba sobre los acreedores.

Por las consideraciones expuestas, he de rechazar la alegada inconstitucionalidad y tener por acreditada la legitimación de los actores.

IV. Igual suerte correrán las restantes defensas ensayadas.

En efecto: con prescindencia de que la convocatoria pública a la reestructuración de la deuda podría considerarse suficiente a los efectos que aquí interesan, lo cierto es que, no discutida la existencia de las referidas obligaciones ni la mora, forzoso es concluir que en autos los demandantes han aportado elementos suficientes –al menos en esta etapa- para demostrar la cesación de pagos en los términos del art. 86 inc. 1° de la L.C.Q.

No obsta a ello el depósito efectuado por la deudora, toda vez que, consistente tal depósito en la suma nominal en pesos, resulta manifiestamente insuficiente a estos efectos.

Ninguno de los argumentos de la emplazada justifican la procedencia de una solución diversa.

En efecto: en primer término, y tras destacar su carácter de empresa privatizada dedicada a la prestación de un servicio público, la requerida hizo hincapié en los efectos de la devaluación de la moneda argentina, que invocó para demostrar su imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones en moneda extranjera en el marco actual, en el que las tarifas por ella percibidas se mantienen inalteradas.

No encuentro conducente la reseñada argumentación.

No obsta a ello que la referida explotación empresaria haya sido asignada a la emplazada en el marco de una licitación pública, toda vez que tal circunstancia sólo es apta para demostrar la existencia de dos relaciones jurídicas que no se mezclan.

Por un lado, la que vincula a la demandada con el Estado, que se rige no sólo normas del derecho privado sino también –en la medida pertinente- por las propias del derecho administrativo; y, por el otro, la relación que liga a aquélla con cada uno de los terceros con quienes contrata, relación –esta última- que se rige sólo por el derecho común, sin sufrir ninguna consecuencia ni restricción a causa de la primera.

Derívase de lo expuesto que no existe ninguna disposición que permita ligar la suerte de las deudas de la emplazada a la suerte de sus créditos, de modo que, al no haber sido pactado, ni existir disposición legal específica que disponga lo contrario, forzoso es concluir que rige aquí el principio según el cual la suerte de los derechos que integran un patrimonio es independiente de las obligaciones que pesan sobre su titular.

Así las cosas, resta que me expida acerca de la pretensión de la demandada vinculada con la llamada "pesificación".

A mi juicio, es claro que, en la especie, dicha pesificación es inaplicable.

Ello, en razón de lo dispuesto por el dec. 410/2002, decreto que excluyó del ámbito de aplicación de la denominada "pesificación" a las obligaciones expresadas en "… moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulte aplicable la ley extranjera…" (v. art. 1 inc. e), lo que sucede en la especie.

No ignoro que se pactó también la aplicación de la ley 23.576, que regula las obligaciones negociables en nuestro país.

Pero de ello sólo se deriva que las partes eligieron acumulativamente ambas leyes, temperamento autorizado por la legislación argentina que permite la elección de una ley distinta de la nacional

para regir determinados aspectos de un contrato, siempre que la ley extranjera no afecte principios de derecho público o en los casos del art. 14 del Código Civil, supuestos que deben descartarse en la especie.

Ahora bien: la posibilidad de aplicar ambas leyes, no importa que ellas –eventualmente contradictorias entre sí- rijan acumulativamente las mismas cuestiones.

De las previsiones citadas resulta claro que, mientras la Ley de Obligaciones Negociables Argentina rige todo lo atinente a los recaudos que los instrumentos deben reunir para ser considerados obligaciones negociables, la ley extranjera regula los demás aspectos.

Entre éstos, lo atinente a la moneda de pago.

Esta conclusión se impone porque, al no haber sido designado ningún lugar específico para el cumplimiento del contrato (arts. 1209 y 1210 del Código Civil), corresponde adoptar el temperamento que más se adecue a la naturaleza de la obligación (art. 1212 del mismo Código), temperamento que, en el caso, conduce a aplicar la ley extranjera.

Que no fue previsto ningún lugar determinado para dicho cumplimiento es claro.

Así se infiere no sólo de la falta de mención, sino, además, de la circunstancia de que hayan sido designados como agentes de pago bancos extranjeros con sedes en diversos sitios del mundo.

Y que, sentado ello, la naturaleza de las obligaciones emitidas reclame la aplicación de la ley extranjera, es afirmación cuyo acierto encuentro obvia.

Basta atender, a efectos de fundarla, a un dato esencial de los títulos de que aquí se trata: su negociabilidad internacional, que los dota de la posibilidad de cotizar en distintas plazas financieras del mundo (cfr. ley 23.576 y dec. 677/2001).

La presencia de ese elemento extranjero –que ha justificado que, a diferencia de lo que sucede con las acciones, nuestro legislador haya reconocido la posibilidad de que estas obligaciones sean emitidas en moneda extranjera (ley 23.576:4)- conduce a la conclusión adelantada: esto es, a la necesidad de atenerse a una moneda que, como el dólar, tiene por función típica la de ser medio universal de cambio y de pago.

En tal marco, admitiré la demanda en la moneda especificada.

No obsta a esta conclusión el restante planteo de la accionada, referente a la inconstitucionalidad del decreto 410/2002.

Que la demandada cancele la obligación en la moneda de origen, no parece afectar su derecho de propiedad, toda vez que ello es resultado, como dije, de la necesidad de aplicar la ley extranjera, a la que él mismo de acogió –Código Civil: art. 1197-.

Ni afecta tampoco la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, dado que esta norma no impone unidad de tratamiento legislativo, ni exige la adopción de temperamentos que guarden entre sí una simetría abstracta, ni una perfección matemática impracticable, sino que admite la posibilidad de someter las distintas situaciones a diverso trato, siempre que concurran objetivas razones de diferenciación que no merezcan tachas de

irrazonabilidad, ni establezcan discriminaciones arbitrarias (Fallos 310:943; 311: 1870; 312:851, entre muchos otros).

Es claro que esto último no ocurre en la especie.

La accionada se sometió voluntariamente a las reglas del mercado internacional de capitales, siendo obvio que el recurso a la fuente de financiamiento elegido, al par que le reportó beneficios, también le impuso la obligación de mayor prudencia (arg. art. 902 del Código Civil). En mérito de lo expuesto, resuelvo: Rechazar las defensas articuladas y, en consecuencia, intimar por esta única vez a la demandada para que en el término de cinco días acredite –por la vía que estime corresponder- la solvencia que predica para sí, bajo apercibimiento de quiebra.- J. Villanueva.

CAPITULO VIII

COMERCIO ELECTRONICO E INSOLVENCIA

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA, RECIPROCIDAD Y MEDIOS ELECTRÓNICOS: ANÁLISIS DE UN FALLO EJEMPLAR

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

"Cuando hay tibieza y calma, es verde la hierba y los rosales están en flor. Entonces empiezan a errar los mercaderes que trajeron sus bienes a la venta, desde la mañana al nacer el día, hasta la tarde, en que anochece, no cesan de ir y venir y llenan la ciudad. Fuera de los muros se instalan en el prado, y establecen sus tiendas y pabellones" (Trovador de Bar-sur-Aube)[1].

I. PALABRAS PRELIMINARES

La sociedad medieval entre los siglos XI y XIII fue el escenario de la revolución comercial que fundamentalmente se concentra en tres grandes centros en Europa, en torno de los cuales aparecen las poderosas ciudades comerciales en Italia y en Provenza y en la Alemania del Norte.

Cuando aumentaron las necesidades de los príncipes se hizo necesario establecer vínculos entre gobiernos y grandes mercaderes. Al papado pronto le fue imprescindible el concurso de los grandes banqueros italianos; y en todas partes obispos y abades debían apelar a los grandes mercaderes y cambistas locales con quienes en ocasiones, acordaban a cambio de cánones conciliares, protección mediante las llamadas inmunidades eclesiásticas, o bien salvoconductos especiales. Ciertos grandes comerciantes italianos llegaron a tener una gran prosperidad y "ello tuvo su origen, en gran medida, en las operaciones financieras y comerciales, que realizaban a cuenta del Papado, una de las grandes potencias en dinero de la Edad Media"[2].

De estos lazos da cuenta el hecho cuando en 1074 el Papa Gregorio VII ordena a Felipe I, rey de Francia restituir a los mercaderes italianos que habían ido a su reino, las mercancías que les confiscara. Tanto llega en su afán que amenaza al rey con la excomunión en el caso de no hacerlo"[3].

Así, cuenta la historia que en 1302 el banco Ammannati en Pistoia cayó en insolvencia. Este banco tenía agencias y bienes en varios lugares de Europa y fue necesaria la intervención de la Santa Sede, uno de los principales acreedores, para solucionar tan delicada cuestión.

En el caso de la sociedad de Ammannati de Pistoia se vió afectada dado que había prestado al derrotado Charles de Valois la suma de cuatro mil seiscientos florines de oro. Así entonces fue

[1] LE GOFF, Jacques. *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, EUDEBA. Buenos Aires, 1962.
[2] Ob.cit. Nota 1. Pág. 82.
[3] Ob. Cit. Nota 1 pág. 83/85

que con la gestión papal, se evitó que los deudores de la banca solventaran sus deudas a los banqueros prófugos y que los acreedores tuvieran que obtener la quiebra en cada uno de los territorios[4].

La quiebra del banco Ammannati no fue la única, ya que también tuvieron problemas similares de estricta índole financiera, tanto la sociedad de Buonsignori de Siena, el llamado gran banco de Siena como la sociedad de Ricciardi de Lucques; hechos para nada aislados si se toma en cuenta que una casa como la de los Médicis además de su casa matriz en Florencia, tenía filiales en Londres, Brujas, Ginebra, Lyon, Aviñon, Milán, Venecia, Roma, entre otras[5].

Ya en tiempos más cercanos, se ha asumido que el vertiginoso aumento de las relaciones jurídicas en el ámbito internacional tiene suficiente virtualidad como para provocar un sustancial crecimiento en la cantidad y en la complejidad de las situaciones de insolvencia transfronteriza.

Así pues, la solución al problema del colapso financiero de la empresa que desarrolla su actividad superando las fronteras estaduales, que posee un patrimonio internacionalmente disperso o que cuenta con acreedores o deudas en diversos Estados, encierra un fenómeno propio del mundo globalizado[6]. Por ello, cuando estamos ante estas particulares situaciones, las soluciones que se adopten deberían permitir que todos los interesados se vean satisfechos en sus expectativas. Por cierto que no resulta una empresa fácil, dado que como espejo del plano doméstico, en la esfera internacional los problemas parecen magnificarse, complicarse, lo cual no significa que sea imposible solucionarlos, sino que también en este ámbito, habrá que colmar, balancear los justificados intereses de los involucrados en el fenómeno de la insolvencia, sean los acreedores locales quienes pretenden quedarse con la totalidad o la mayor parte del activo del insolvente; los acreedores no locales que ciertamente, no quieren verse perjudicados dado que al igual que todos, no son filántropos sino hombres de negocios, que no tienen deseos de compartir alegremente los activos del insolvente con acreedores más allá de las fronteras; así como los no menos legítimos intereses de los trabajadores que quieren que la empresa logre continuar desarrollando su actividad para no perder la fuente de trabajo obteniendo un lugar preferente en el cobro de sus acreencias laborales en caso de liquidación, para recuperar lo que piensan han colaborado en construir con el aporte de su trabajo; hasta el resguardo del propio interés del deudor quien sospecha que sus bienes dispersos no van a alcanzar para cubrir el pago de la totalidad de sus deudas, que el precio que de ellos se obtenga será tan reducido, y que irá retardándose quizás por mucho tiempo, sus posibilidades de rehabilitación; así como también la

---

[4] FLINIAUX, L *La faillite des Ammannati de Pistoie et le Saint siège*. Revue Historique de droit francais et étranger . 436-472, 1924.

[5] Ob. Cit. Nota 3. Pág. 454.

[6] Vid. Alfonso Luis CALVO CARAVACA- Pilar BLANCO MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho,* Editorial Colex, 2003; Atilio A. ALTERINI y Noemí NICOLAU, Directores, Carlos A. HERNÁNDEZ, Coordinador, *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización,* Homenaje al Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani, Septiembre de 2005. La Ley; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid, 2004 y de CANDELARIO MACIAS, María Isabel y OVIEDO ALBAN, Jorge. (coord..) *Derecho Mercantil Contemporáneo*. Colección Derecho Privado y Globalización. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2005.

aspiración de los síndicos, que buscan intervenir en un procedimiento que les permita actuar eficientemente, sin mayores obstáculos para cumplir acabadamente su cometido y por último, no menos legítimos los intereses de los gobiernos que aspiran preservar el valor de los bienes que se encuentran dentro de sus fronteras, para ver así recobrada la confianza de quienes fueron golpeados por la crisis de la empresa pero que realizan transacciones internacionales o tienen sus establecimientos dentro de su territorio. Sin lugar a dudas, todos estos intereses merecen ser atendidos y la sociedad debe hacerse cargo de ellos, aunque habrá que resaltar que dependerá fundamentalmente de las políticas públicas que se logre una regulación adecuada, ya que si ella peca de deficiente y este no es un tema menor, ello habrá de incidir negativamente, desalentando las eventuales inversiones extranjeras.

Por todo ello, adquiere especial relevancia el tema que abordamos máxime cuando se están cumpliendo diez años de la aprobación por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL O CNUDMI en lo sucesivo de manera indistinta) de la Ley Modelo de 1997 que se ha erigido en un hito significativo en el camino de la armonización legislativa en la materia y cuyo análisis no puede ser soslayado en ningún trabajo en el que se aborde la Insolvencia Transfronteriza.

II. PLAN DE TRABAJO

Nos hemos propuesto analizar el caso jurisprudencial "Sabaté Sas S.A. c/Covisan S.A. s/Concurso Preventivo s/Verificación Tardía s/Inc. Casación" que fuera decidido por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, con fecha 28 de abril del 2005.

A tal fin realizaremos un breve resumen de los hechos, de la decisión de primera, segunda instancia, y el fallo de la Suprema Corte de Mendoza. Estudiaremos las normas del sistema de regulación de la insolvencia internacional de fuente interna, en particular el art. 4° de la ley nacional de concursos y quiebras N° 24.522, ya que los autos en comentario abordan su aplicación al caso y porque además, se trata de una disposición que ha originado diversas opiniones doctrinarias y dispares líneas jurisprudenciales, tal como podremos apreciar a la luz del presente fallo. Finalmente intentaremos esbozar algunas conclusiones personales sobre dicha normativa y en especial sobre su aplicación al caso concreto objeto de este comentario.

III. EL CASO

A. LOS HECHOS

1. Sabate Sas S.A. se presentó en el concurso preventivo[7] "Covisán S.A." originarios del Juzgado de Procesos Concursales de San Rafael, Mendoza, y a través de los autos pertinentes solicitó

[7] Existen fundamentalmente una serie de formas de reestructuración con arreglo a la Ley de Concursos en la República Argentina, entre las que destacamos en esta ocasión solamente dos. La primera a través de un concurso preventivo, que intenta reorganizar la actividad del deudor y evitar la liquidación de la empresa. En este caso, el deudor continúa administrando su empresa bajo la supervisión del funcionario elegido por el tribunal y una junta de acreedores. La segunda posibilidad está dada a través de un acuerdo preventivo extrajudicial o APE, que suele ser menos costoso y más breve que el procedimiento concursal anterior.

verificación tardía por la suma de U$S 52.720. Compareció mediante apoderado, manifestando que su sede social se encuentra en la República de Francia. Peticionó que su obligación no se pesificara; acompañó prueba instrumental, entre otra, una factura, escrita en español que expresamente decía: "Condiciones de pago; transferencia bancaria 120 días fecha de embarque. Banco beneficiario Credit Lyonnais Montpellier".

2. La sindicatura se opuso a la verificación. En apoyo de ello sostuvo que resultaba aplicable el art. 4 ley 24522[8] ; que el acreedor extranjero no había probado el requisito de la reciprocidad, y que la factura expresaba entre las condiciones de pago una transferencia bancaria por lo que quedaba claro que el pago no se había perfeccionado en la República Argentina, sino en el extranjero.

Según su entender la reciprocidad prevista en el art. 4 de la Ley 24522 no determina una postergación sino la inadmisibilidad lisa y llana del crédito; o sea, el requisito de la reciprocidad es un recaudo de admisibilidad a la concurrencia. En subsidio, informó que:

a) Sabate Sas S.A. vendió a la concursada las mercaderías individualizadas por el monto detallado;

b) Esa factura nunca fue impugnada ni observada por Covisán, motivo por el cual debe ser reputada como cuenta liquidada;

c) La firma se encuentra registrada con un número de proveedor, indicándose que es acreedor en moneda extranjera;

d) La mercadería había sido recepcionada por la concursada por lo que cabía concluir que Covisán S.A. adeudaba a Sabate Sas S.A. la suma de U$S 52.720 lo que debe tenerse presente para el caso que el tribunal no comparta el criterio de la sindicatura respecto a la aplicación del art. 4.

B. DECISIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

La jueza de primera instancia rechazó el incidente de verificación tardía con costas al actor; considerando aplicable el criterio de la reciprocidad, con fundamento en el artículo 4 de la Ley 24522, el que según su entender, no había sido debidamente acreditado en autos. Ante ello, el

[8] Art. 4.– La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado. *Pluralidad de concursos* Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla. *Reciprocidad* La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero. *Paridad en los dividendos* Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real.

acreedor planteo recurso de apelación. La Cámara de Apelaciones mantuvo la decisión de Primera Instancia y rechazó el recurso de apelación, con arreglo a los siguientes argumentos:

a) La factura que se acompañaba como documentación respaldatoria de la acreencia establecía como condición de pago la transferencia bancaria a los 120 días de la fecha de embarque, mencionando el banco beneficiario, con domicilio en Francia.

b) De las propias expresiones de la incidentante surgía que Sabate Sas S.A. era una empresa comercial con sede social en Francia; y que su objeto social era la compra, fabricación, transformación y venta de todo tipo y productos y servicios destinados a los productores de bebidas en general.

c) La exigencia del art. 4 lo es en cuanto una cualidad sustancial del crédito (pagadero en el extranjero) independiente de la nacionalidad o domicilio de los titulares del mismo, de conformidad con la interpretación de la prueba rendida ello llevaba a la conclusión de que se trataba de un crédito con lugar de pago en el extranjero.

c) Finalmente, rechazó la validez del argumento que pretendía dar carácter de lugar de pago al domicilio mencionado en una carta documento; dado que según su opinión debe distinguirse entre lugar de pago y lugar de demandabilidad.

C. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS PRINCIPALES DE LOS RECURSOS

Ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza se plantearon dos recursos: el de inconstitucionalidad y el de casación. El primero por arbitrariedad fundado en falta de motivación suficiente y apartamiento de la prueba decisiva rendida, el segundo porque la recurrente denunció que el tribunal a-quo interpretó y aplicó erróneamente el ***art. 4 ley 24522.*** Seguidamente analizaremos los argumentos de la recurrente para sostener sus vías recursivas.

a. Argumentos del recurso de inconstitucionalidad

a) La resolución impugnada reconoce como antecedente el dictamen de la sindicatura que considera aplicable la regla de la reciprocidad prevista en el art. 4 ley 24522 por ser el acreedor un extranjero y el crédito insinuado pagadero en el extranjero; subsidiariamente, reconocía que la acreedora que pretende verificación hizo entrega real de los bienes que daba cuenta la factura y por lo tanto era acreedora de la suma reclamada en la verificación.

b) La sentencia recurrida afirma erróneamente que se trataba de un crédito con lugar de pago en el extranjero. Según su entender una correcta valoración de la prueba no permitía sostener esa conclusión, toda vez que la factura y documentación daba cuenta que el pago debía efectuarse en moneda extranjera valor FOB a los 120 días de la fecha de embarque, mediante transferencia bancaria, actuando como beneficiario un banco francés perfectamente individualizado y donde se consignaba una clave de identificación numérica a tal efecto. Asimismo, sostuvo que no obstante que la factura daba cuenta que las partes convinieron una transferencia bancaria, dato que resultaba trascendente pues determinaba el lugar de pago, la Cámara se apartaba de las

constancias de este instrumento estimando que la operación debía cancelarse a través de un "depósito bancario en un banco francés". Ello significaba que de acuerdo al criterio que informaba la sentencia la deudora debía trasladarse a Francia y efectuar en un banco francés un depósito bancario. En tal sentido considera que la Cámara no había precisado que el domicilio de ese banco se encontraba en Argentina, por lo que era en ese banco que estaba en nuestro país donde debía hacerse el depósito.

c) En tal sentido, sostiene que la mutación introducida por la Cámara no era un tema menor, habida cuenta de la especial relevancia sobre esta cuestión debatida en orden a la aplicación o no de la reciprocidad prevista en el art. 4 ley 24522. Atento a que independientemente de la nacionalidad de las partes, si el crédito era pagadero en la República Argentina, la regla de la reciprocidad no era exigible. Si las partes pactaron una "transferencia" no era admisible que se sostuviera que lo convenido era un depósito, afirmación que lucía como caprichosa, antojadiza y arbitraria. La identificación entre transferencia y depósito bancario conllevaba a una inadmisible arbitrariedad que perjudicaba los derechos de la acreedora. La transferencia constituye por sí misma un pago sin transmisión de dinero que queda hecho tan pronto como el banquero hace un asiento de cargo en la cuenta del ordenador de la transferencia, cuyo último objetivo era la liberación del deudor.

d) Si el pago debía efectuarse mediante transferencia había una evidente contradicción lógica en la sentencia cuando afirmaba que el crédito era pagadero en el extranjero. Si hubiera sido pagadero en el extranjero no se advertía por qué razón las partes acordaron que se realizara una transferencia. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; si es transferencia no es depósito; y si es depósito no es transferencia. En este caso, la transferencia se hacía en la Argentina y por tanto no resulta aplicable el artículo 4.

b. Argumentos del recurso de Casación

a) Adujo la recurrente que la norma del artículo 4 de la LC está referida exclusivamente a la quiebra, ya que únicamente este tipo falencial puede ser peticionado por un acreedor; ya que el acreedor no puede solicitar el concurso preventivo de su deudor. El primer reproche que según su entender merecía la sentencia era aplicar el art. 4 a los concursos preventivos, disposición que está reservada a la quiebra. Además sostiene que la sentencia de Cámara identifica o confunde depósito bancario con transferencia bancaria; confunde la transferencia bancaria a realizarse en nuestro país con el depósito a efectuarse en una entidad bancaria francesa. Y que ni siquiera etimológicamente pueden confundirse las acciones de transferir con la de depositar, ya que el depósito importa la entrega de dinero a una entidad bancaria con la obligación de ésta de restituirlo en el plazo pactado, en tanto que en la transferencia no hay obligación de restituir sino de entregar a un tercero.

b) Si el tribunal hubiera analizado la cuestión a la luz de la figura del crédito documentado habría advertido que frente a la ausencia de reglamentación legal resultan de aplicación los arts. 1197[9], 1209[10], 1210[11] y 1212 [12] del Código Civil y que en el caso estima, rige el art. 1209, que fuera totalmente ignorado por la sentencia.

D. DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

El Tribunal por el voto de la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci el que fuera seguido finalmente por la totalidad de los integrantes de la Suprema Corte, centra su análisis en la consideración de que la cuestión a resolver en el recurso de inconstitucionalidad es si resulta arbitraria una sentencia que rechaza el pedido de verificación por falta de prueba del requisito de la reciprocidad mencionado en el art. 4 ley 24522, atendiendo a las siguientes circunstancias no discutidas de la causa según las cuales:

- El síndico reconoce que según los libros de comercio de la concursada: el acreedor vendió y entregó al deudor concursado las mercaderías que se detallan en la factura acompañada; no existe constancia alguna que la mercadería haya sido pagada.
- La documental que instrumenta el crédito contiene una cláusula que dice: "Condiciones de pago; transferencia bancaria 120 días fecha de embarque. Banco beneficiario Credit Lyonnais-Montpellier".
- El acreedor no probó que en Francia un crédito pagadero en la Argentina sería reconocido y podría cobrar en iguales condiciones.
- No se ha invocado, ni mucho menos probado, que el deudor tenga otro concurso abierto en Francia, ni en ningún otro país extranjero; tampoco que tenga bienes en el extranjero.

Para responder a la pregunta formulada la Corte considera que ello exige ponderar las constancias de autos (es decir, hechos y prueba) a la luz de las normas existentes, y abordar los hechos y derecho en forma conjunta. En tal entendimiento, con respecto a la primera cuestión comienza analizando cuidadosamente el texto legal, su historia y algunas de sus reglas básicas. Así sostuvo en lo principal que:

---

[9] Art. 1197.– (*VS) Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. (*VS) Vélez Sarsfield: 1197. L.L. 6, tít. 5, y 1, tít. 11, part. 5. Cód. francés, art. 1134.

[10] Art. 1209.– (*VS) Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros. (*VS) Vélez Sarsfield: 1209 y 1210. STORY, *Foreign Contracts*, núms. 242 y 280. La ley romana decía: *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligaverit*. (L. 21, tít. 7, lib. 44, *Dig.*). STORY refiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un caso entonces reciente, así lo había juzgado, estableciendo como un principio general, que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por las leyes del lugar de la ejecución.

[11] Art. 1210.– Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

[12] Art. 1212.– (*VS) El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del

- De los cuatro párrafos del art. 4 en el caso a resolver está en discusión la interpretación y aplicación del tercero que dispone: *"Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificar y cobrar, en iguales condiciones, en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero".*
- La historia del texto es larga y está contaminada de criterios político-económicos, a punto tal, que algunos atribuyeron la reforma operada por la ley 22917 a la presión de los acreedores extranjeros nacidos con motivo de la renegociación de la deuda externa de los años 1980 a 1983.
- La ley distingue entre acreedores pagaderos en el extranjero y acreedores pagaderos en el país. En tal sentido, considera que efectivamente la doctrina puntualiza, unánimemente, que ni la nacionalidad ni el domicilio otorgan a un acreedor el carácter de local o extranjero; tal calificación viene anexa al lugar de pago. Señala que tal criterio de distinción apareció en Argentina con la ley 19551, y que en efecto, durante más de un siglo, en el concurso abierto en el país, un acreedor-exportador que se presentaba a verificar, aunque su crédito fuese pagadero en el extranjero, donde normalmente tiene su sede, recibía en el concurso de su comprador abierto en la República Argentina un trato totalmente igualitario al de los acreedores que habían vendido al deudor en el país fijando como domicilio de pago un lugar dentro del territorio nacional. En consecuencia, si un comerciante había sido declarado en quiebra en la República, pero no en el extranjero, los acreedores, independientemente de su nacionalidad y del lugar donde el crédito había nacido o debía pagarse, podían verificar en las mismas condiciones que un acreedor residente en el país o que su crédito fuese pagadero en el país; por eso, la doctrina señala que aunque la Exposición de motivos de la ley 19551 dijo que la solución "responde a los principios tradicionales", lo cierto es que la ley produjo, en este aspecto, un cambio radical.
- Recuerda que en 1983, la Corte Federal, refiriéndose obviamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, evitó pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma. Ello por cuanto consideró que "El control de constitucionalidad de una norma sólo es practicable como ultima ratio del orden jurídico y, por ende, si existe posibilidad de lograr una solución adecuada por otras razones, ha de acudirse en primer término a dicha posibilidad"; el Superior Tribunal de la Nación entendió que el art. 4 no era aplicable al caso porque el instrumento preveía una opción de pago (en el extranjero y en el país); dada la existencia de la posibilidad de pagar en el país, aun como alternativa, la norma no era aplicable y, consecuentemente, no cabía pronunciarse por su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

---

deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere. (*VS) Vélez Sarsfield: 1212 y 1213. Las citas al art. 747

- Con respecto al tema de la carga de la prueba de la reciprocidad a la luz de las reglas reseñadas en el voto que estamos analizando con meridiana claridad la magistrada sostiene que "aunque en principio, la carga de la prueba de la reciprocidad incumbe al acreedor peticionante, el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación y el juez puede hacerlo de oficio; en otros términos, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación o revisión". Para ello se apoya en una interpretación gramatical, según la cual la norma transcripta habla en forma impersonal, al decir que la verificación está "condicionada a que se demuestre"; es decir, no señala quién debe demostrar (el acreedor, el síndico, el juez de oficio, etc.) por lo que la prueba de la reciprocidad podría incorporarse al expediente por la actividad de diferentes sujetos.
- Seguidamente, el voto acude a una interpretación sistemática de la ley concursal así como del resto del ordenamiento, que le permite señalar en primer término que dentro de las facultades instructorias y de investigación, cabe a los jueces requerir al síndico (art. 33) y a todas las otras partes interesadas, los elementos que le permitan establecer el contenido del derecho extranjero que eventualmente resulte aplicable al caso y en segundo lugar que la posición asumida por la sindicatura seguida por los jueces de grado según la cual sólo al acreedor incumbe la prueba del requisito de la reciprocidad implica visualizar el derecho extranjero como un hecho. En efecto, la Señora Magistrada considera que si bien éste es el sistema del art. 13 del Código Civil[13], según su opinión esta norma no pone un valladar a la posición que sostiene ya que: 1) es dudosa la aplicación de esa norma al caso de autos, desde que, estrictamente, no se trata de aplicar la ley extranjera; por cuanto Sabate Sas S.A. no ha pedido que se aplique la ley francesa a su crédito; se ha sometido a la Ley de Concursos argentina; la ley extranjera (francesa, en el caso) aparece no para ser "aplicada" sino al solo efecto de acreditar que no discrimina al acreedor nacional. 2) Aunque se estimase que esa interpretación responde a un criterio demasiado aferrado a las palabras del art. 13, no puede olvidarse que "mucha agua ha pasado" debajo del puente de los principios generales del derecho internacional desde la sanción del Código Civil en 1871. En efecto, con profundo conocimiento de la disciplina la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, recuerda que un sector de la doctrina más moderna entiende que la ley extranjera no es un hecho, desde que la norma jurídica no pierde su naturaleza por la circunstancia de traspasar la frontera del Estado; consecuentemente, siempre que la relación jurídica determina como aplicable una norma, sea nacional o extranjera, se está

[13] Art. 13.– (*VS) La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial. (*VS) Vélez Sarsfield: 13. La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba.

frente a una cuestión de derecho[14]. En este sentido, debemos reconocer que desde hace muchísimos años venimos sosteniendo este criterio, casi con las mismas palabras, con idéntico énfasis. 3) La ratificación argentina de la CIDIP. II (Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado) ha abierto el cauce para una interpretación judicial más amplia y flexible sobre ese *onus probandi*. En efecto, el art. 2 de ese documento dice: "Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". El mismo criterio de la convención, se afirma, ha sido seguido por el art. 377 parte final CPCCN, que dispone: "Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio". Asimismo, señala que no debe olvidarse la naturaleza de la "reciprocidad". Ya que ella es expresión de un medio sancionatorio, y no parece razonable aplicar semejante sanción cuando el juez tiene todas las posibilidades de determinar el derecho aplicable en el país donde el crédito debe ser cumplido. Como consecuencia del aumento del comercio internacional, la evolución legislativa, tiende a permitir cada vez, con menos trabas, el acceso a los tribunales argentinos de los acreedores cuyos créditos son pagaderos en el extranjero, lo cual importa una tendencia inexorable. En tal sentido, cabe apuntar que la Ley Modelo de Procesos Universales de UNCITRAL del 30/5/1997 dispone que los acreedores, sin importar el país al que pertenezcan, recibirán un tratamiento igualitario, sin discriminaciones. Por eso, conforme los arts. 13 y 14 de esa ley modelo se invertiría la carga probatoria: la reciprocidad se presumiría y debería probar su inexistencia quien así lo alegase. Y dado que la cuestión a resolver es esencialmente mercantil, por lo que cabe inclinarse por la tendencia del fuero comercial respecto a la aplicación de oficio de la ley extranjera (para las diferentes tendencias en el fuero civil y comercial, citando en esta ocasión la autorizada doctrina de las Profesoras Basz, Victoria y Campanella, Elisabet, en su obra "Derecho Internacional Privado", 1999, Ed. Rubinzal, p. 86[15]). Adentrándose en el régimen jurídico de la ley francesa el Tribunal advierte que nada hay en la ley francesa que

[14] En este sentido, casi con idénticas palabras, es la posición que desarrollamos desde los años noventa en el capítulo pertinente sobre Aplicación del Derecho Extranjero en la obra *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte Genera*l, de Editorial Universidad, Ultima Edición 2003, Argentina.

[15] Es grato recordar, y ello en apoyo de la doctrina mencionada en el fallo, que en la obra y en el capítulo citado en la nota anterior sostuve de manera coincidente con las autoras citadas en el fallo que “La jurisprudencia argentina en el fuero civil efectúa una interpretación literal del artículo 13; en cambio, se muestran partidarias de la aplicación de oficio la justicia comercial y federal. Y agregamos que quienes jurisprudencialmente postulan la tesis de que la ley extranjera es un hecho que debe probarse, exigen que se pruebe su texto, sentido y vigencia, tal como lo indica el Código de Bustamante y prefieren como medios probatorios los informes consulares, la opinión de jurisconsultos, por referencias a obras conocidas del país extranjero, descartándose generalmente la prueba testimonial y la confesional”. Ob. Cit. Pág. 140, También,

discrimine al acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero. Y que a mayor abundamiento, no posponen a los acreedores extranjeros las legislaciones de Alemania, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Bélgica, España ni se discrimina a los acreedores del exterior. Más aún, en algunos casos se les otorgan plazos más largos que a los acreedores locales para que puedan verificar sus créditos, y ninguno de los libros franceses que se compulsaron, se agrega, establecen diferencias entre acreedores pagaderos en Francia y pagaderos en el extranjero, según surge de la consulta realizada de las obras de Vallansan, Jocelyne, "Redressement et liquidation judiciaires", 1996, Ed. Litec, París, p. 102; Le Corre, Pierre M., "Le créanceir FACE au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises", 2000, Ed. Université Aix-Marseille, Marseille. De modo que se concluye que la sentencia recurrida adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, y de error normativo al haber cerrado los ojos a la legislación francesa, lo cual torna innecesario ingresar en el resto de los agravios. Por todo lo expuesto, se acoge el recurso de inconstitucionalidad, se sobresee el de casación, y se revoca la sentencia recurrida declarándose verificado el crédito cuya insinuación se solicitara, en calidad de quirografario.

IV. EL ARTICULO 4 DE LA LEY 24522

Expuestos los hechos y los argumentos centrales de las decisiones de primera instancia, Cámara y Suprema Corte de Mendoza, estudiaremos a partir de ahora la norma de fuente interna en materia de insolvencia internacional en el sistema de Derecho Internacional Privado Argentino[16],

---

en FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *La nueva Ley de Contrato de Trabajo y la aplicación del derecho extranjero. Su tratamiento procesal*, en Revista de Derecho Laboral, N°1, año XVII, páginas 3 a 10, 1974.

[16] Sobre el régimen de la insolvencia transfronteriza en el Derecho Internacional Privado Argentino, puede consultarse entre otros: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, *La insolvencia internacional en la Argentina: armonización legislativa a la europea?*, en *Revista Jurídica de San Isidro*. Enero-abril. 2000 y en http://www.derechoorg.com.es, *Insolvencia y empresa en crisis en el Mercosur: Una necesidad o una quimera?*, en *Libro Homenaje al Doctor Gonzalo Parra Aranguren. Ley Venezolana de Derecho internacional Privado*. Editor Fernando Parra Aranguren. Tribunal de Justicia de Venezuela. Venezuela. 2001; *Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el Mercosur?*, en *Libro de las IX Jornadas de Becarios e Investigadores*. Universidad de Mar del Plata. Editorial Suárez. 2002; *Insolvencia transfronteriza en los Tratados de Montevideo: interpretaciones distintas según sean o no tiempos de bonanza?"*(comentario al fallo Sicamericana S.A. s/ quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, Colección de Análisis Jurisprudencial. *Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004. Asimismo, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, y SCOTTI, Luciana, Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?" (comentario al fallo Proberan I.C.S.A. s/ pedido de quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004; "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay" (comentario al fallo Ridiwel S.A.) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004; "El célebre caso Swift en la República Argentina: un fallo aleccionador u otra asignatura pendiente?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004; "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRÍGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, "Algunas bases legislativas para

con especial consideración a la denominada regla de reciprocidad. Asimismo, daremos cuenta de los principales proyectos de reforma para concluir con nuestras reflexiones.

Las normas de derecho internacional privado de fuente interna en la República Argentina, en ausencia de tratado, conducen a la aplicación de las disposiciones del Art. 2 inciso 2, Art. 3 inciso 5 y al artículo 4 de la Ley 24.522 que conforman el núcleo del régimen de fuente interna en materia de insolvencia transfronteriza. Este precepto adquiere particular significación en la medida que ante la escasez de tratados vinculantes para un número importante de países, habrá que recurrir a ella cuando se trate de encarar la solución atinente a las insolvencias con elementos extranjeros. Esta última disposición, debido a su especial redacción, y porque precisamente es el artículo cuya aplicación se discute en los autos comentados, especialmente de la regla de la reciprocidad, es el punto de inflexión cuando se aborda el estudio del régimen de la insolvencia internacional en la República Argentina. Esta norma hunde sus raíces en las primeras realizaciones legislativas en nuestro país, y tiene como antecedentes el Art. 4 de la Ley 22.917, el Art. 4 de la ley 19.551, el Art. 7 de la Ley 11.719, Art. 5 de la ley 4156, Art. 1385 del Código de Comercio de 1889 y Art. 1531 del Código de Comercio de 1859/1862[17]. El texto en su actual redacción, que seguidamente analizaremos párrafo por párrafo, dice:

> *"Art. 4.-* Concursos declarados en el extranjero. La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

---

la regulación de la insolvencia internacional", en el *Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 12) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: http://www.casi.com.ar . RODRÍGUEZ, Mónica Sofía, "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004; *Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940,* en *Revista Síntesis Forense* Nº 90, Colegio de Abogados de San Isidro; *El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales* en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 2 (primera parte), 3 (segunda parte), 4 (tercera parte) y 5 (cuarta parte), *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática.

[17] Sobre este tema existe una extensa bibliografía entre la que destacamos, entre otra: ROUILLON, Adolfo, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522*, publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLIII, segunda época, número 37 (octubre 1999), p. 1; *Reformas al régimen de los concursos"*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 29 y ss., y en *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983*, RDCO 1984, y Rivista "Il Diritto Fallimentare e delle Societa Commerciali", Annata LX, ene-abr 1985, No. 1-2, p. 79.

Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

Reciprocidad. La verificación de acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre, que recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República puede verificarse y cobrar en iguales condiciones en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Paridad en los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes".

A. ARTÍCULO 4 PÁRRAFO PRIMERO, PRIMERA PARTE

"La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República".

Tal como surge de la simple lectura de este precepto, la declaración de concurso en el extranjero permite que el acreedor local, el titular de un crédito que debe ser satisfecho en la República Argentina, que tiene lugar de pago en nuestro país, sin importar el lugar donde fue contraído, ni la nacionalidad, ni el domicilio del acreedor, así como el propio deudor puedan estimular a la jurisdicción argentina, se encuentran legitimados para provocar la apertura de un concurso en territorio nacional. En este caso excepcionalmente, no es necesario demostrar el estado de cesación de pagos, que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones, sino que basta acreditar que se encuentra abierto un concurso en el extranjero.
Se entiende por lugar de pago, el designado en el título de la obligación, sea porque las partes lo han determinado o porque así lo establecen las normas supletorias pertinentes aplicables de la legislación de fondo. Tal como lo ha dicho la doctrina argentina, con la que antes de ahora hemos coincidido, el proceso concursal argentino no presupone la *exequaturización* de la sentencia extranjera declarativa de quiebra, ya que basta exigir el reconocimiento involucrado de la sentencia de quiebra. Es decir, que quien intente valerse, sea el acreedor cuyo crédito debe ser satisfecho en la Argentina o el propio deudor de la declaración de quiebra en el extranjero le bastará acompañar la resolución extranjera, según los recaudos procesales pertinentes los que

serán debidamente analizados por el juez argentino para darle curso al pedido ante su jurisdicción[18].

Tal como se verá, se trata de una regla de escasa concesión al principio de la extraterritorialidad, ya que solamente admite que el concurso declarado en el extranjero surta un limitadísimo efecto en el territorio argentino, sin salirse, sin separarse del sistema de pluralidad que inspira a la legislación concursal argentina de fuente interna[19]. Simétricamente puede observarse que la Ley Modelo UNCITRAL a la que tantas veces acudimos en este trabajo por ser un marco normativo referente, orientador en la materia, incluye una disposición similar, cuando establece que salvo prueba en contrario el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de un procedimiento local de insolvencia (artículo 31).

B. ARTÍCULO 4 PÁRRAFO PRIMERO, SEGUNDA PARTE

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado".

Seguidamente, la norma se encarga de establecer que si bien esa declaración de concurso es causal de apertura del concurso en nuestro país, ello no significa que ese concurso pueda ser invocado para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes situados en la República Argentina, ni anular los actos celebrados en la Argentina por el deudor. Se trata de una regla que si bien con ligeras modificaciones de forma, se encuentra permanentemente incorporada en la legislación argentina, y que como resulta fácil advertir, se encuentra derechamente inscripta, alineada dentro de un sistema de pluralidad, de territorialidad en materia de insolvencia transfronteriza. La regla está indicando que el concurso decretado en el extranjero no puede ser invocado para disputarle derechos a los acreedores locales ni para anular o privar de efectos los actos celebrados en la Argentina por el deudor. En la práctica ello implica que los acreedores locales puedan continuar sus acciones contra el deudor concursado en el extranjero, sin atender la decisión judicial que establece la suspensión de las acciones de los acreedores iniciadas contra el deudor, entre otras consecuencias menores[20].

---

[18] UZAL, María Elsa *Panorama Actual de la Regulación de la Insolvencia en el derecho comparado*. *Análisis de la posibilidad de la aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522*, Ob. Cit., quien en este interesante trabajo, aborda las diferencias entre el régimen argentino, el derecho brasileño y el derecho francés sobre este particular aspecto.

[19] El sistema de fuente convencional de los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional que no resultan aplicables al caso comentado tienen un régimen distinto al establecido en la Ley de Concursos 24522. Se trata de un sistema que podría denominarse mixto que combina armónicamente los llamados sistemas extremos en la materia.

C. ARTÍCULO 4 PÁRRAFO SEGUNDO

> "Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla".

El derecho concursal internacional argentino[21], no "discrimina" según la nacionalidad de los titulares de los créditos, tal como se ha analizado con anterioridad, sino que atiende al lugar de satisfacción de los créditos. Ser postergados, ser preteridos, implica, que los acreedores cuyos créditos son pagaderos en el extranjero deberán cobrar sus acreencias sobre el "saldo", en el caso que él exista. Por esta razón importa fijar el alcance de los términos empleados por la disposición y en este sentido, cabe señalar tal como surge del texto en análisis, que quizá el elemento fundamental de diferenciación, a nuestro juicio, está marcado por la pertenencia del acreedor o no a un concurso extranjero, en cuyo caso el cobro de esos créditos se encuentran subordinados a que hayan percibido sus créditos los acreedores locales y quede un "saldo distribuible". No se nos escapa que se trata ésta de una suerte de "discriminación" ostensible, evidente como que surge del propio texto de la ley argentina, pero no podemos ignorar que existen otras discriminaciones disimuladas, ocultas, como aquellas que otorgan prioridad de derecho de los embargantes locales sobre los bienes embargados con virtualidad para privar sobre el derecho del síndico de ingresar esos bienes a la masa de la quiebra extranjera[22].

La doctrina argentina más calificada en la materia tiene dicho, y coincidimos con ella, que la postergación, que la preterición en el cobro de los créditos sobre el "saldo" presupone técnicamente una quiebra liquidativa, única en la cual puede determinarse técnicamente la existencia de saldo, lo cual excluye la pretensión de aplicar la regla de preferencia local en los casos de conclusión no liquidativa de la falencia[23].

---

[20] ROUILLON, Adolfo. Ob. Cit, Pág. 10.

[21] Esta discriminación procede desde los orígenes de nuestra ley concursal de 1859. Ver la excelente obra de Kurt A. NADELMAN, *El anteproyecto de Convención del Mercado Común Europeo respecto de la quiebra: Los bienes ubicados en el extranjero y problemas que suscitan*, Revista La Ley Tomo 145, p. 705/718, donde el autor dice:"...Aunque parezca increíble todavía hoy algunos Estados discriminan a los acreedores extranjeros...". Precisamente en la nota dice: Véase Estados sudamericanos, incluyendo Argentina, Uruguay, Paraguay, Perú, disponen que en caso de quiebra declarada en el extranjero los acreedores locales deben ser completamente desinteresados antes que los acreedores de la quiebra extranjera puedan recibir un dividendo sobre los bienes locales. Este autor dice, en la nota 11, que la posición tendiente a extender esa restricción a todos los acreedores no locales ha sido defendida en la Argentina, citando a KALLER de ORCHANSKY, Berta, *Régimen de la quiebra extranacional*, Revista La Ley 129, p. 1179 y FONTANARROSA, C. En SATTA, S. *Instituciones de derecho de quiebra*. Buenos Aires, 1961.También puede verse el interesante trabajo de MAIRAL, Héctor A*. El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de Concursos*, p. 1190 L. L. 1981.B. Sección doctrinal, BIDART CAMPOS, Germán *La ley concursal y los créditos pagaderos en el exteri*or, ED. Tomo 172, p. 595 y sgtes. Y con relación a los Tratados de Montevideo ver SAJON, Jaime V. El acreedor nativo y el extranjero en la ley de quiebras 11719 y el Tratado de Montevideo de 1940", ED, Tomo 22, p. 980.

[22] NADELMAN, Kurt. Op. cit. p. 23.

[23] ROUILLON, Adolfo "Reformas al régimen de los concursos", Astrea, Buenos Aires, 1986. Este autor añade, con su particular pero siempre clara visión, que los créditos exclusivamente pagaderos en el extranjero, y solamente ellos, son considerados créditos extranjeros, los créditos extranjeros deben

Es cierto que la disposición que establece las denominadas preferencias locales fue incorporada en 1972, no lo es menos que ella adquirió notoriedad a partir de los ochenta, cuando numerosas empresas argentinas debieron padecer una de las crisis más profundas desatadas en la República Argentina. En estos procedimientos de insolvencia los acreedores que habían fijado en sus contratos lugar de pago en el extranjero, en Nueva York, Estados Unidos, principalmente, se vieron postergados en sus derechos de cobro debido a la redacción de la entonces vigente Ley de Concursos y Quiebras 19551. En tales condiciones, y según se supo, por presiones del Fondo Monetario Internacional, se sanciona la Ley 22903 que al modificar la norma, acota el sistema de las preferencias locales. Por ello la preferencia a favor de los créditos locales rige exclusivamente en caso de quiebra y no de concurso, y solamente frente a los créditos pertenecientes a un concurso en el extranjero, con lo que se advierte que el campo de acción de esta figura, resabio del sistema pluralista, territorialista, queda prácticamente anulado[24].

Ahora bien, quizá reste aclarar para terminar de aclarar este tema, que el vocablo "pertenecer" a un concurso extranjero, permite pensar por lo menos dos cosas. En efecto, según una interpretación estricta, dura de la "pertenencia" ella estará dada cuando el acreedor se ha presentado a verificar y ha sido admitido en el concurso extranjero, mientras que según otra línea de pensamiento de mayor amplitud, ciertamente más blanda, permitirá considerar como perteneciente al concurso extranjero, al acreedor que se presentó, aunque su crédito pudiere encontrarse impugnado o bien aquel acreedor que habiendo podido presentarse, aún no lo hizo por algún motivo. A nuestro juicio, quizá sea prudente dado que las legislaciones varían en este importante aspecto, que estos vocablos así como su alcance, sean calificados conforme con la *lex causae*, vale decir, con arreglo al derecho extranjero.

Ahora bien, para sintetizar, en esta parte de la norma del artículo 4 se establece que si existen simultáneamente un concurso liquidativo en la República Argentina y un procedimiento de insolvencia en el territorio de otro Estado, supuesto de pluralidad de concursos, un acreedor "perteneciente" a este último proceso, se encuentra subordinado, preterido, postergado en el cobro de sus acreencias a que exista el "saldo" una vez satisfechos los acreedores locales.

Esta hipótesis, debe reconocerse, que si bien es posible que en teoría se plantee, en la práctica existen remotas posibilidades que en una quiebra liquidativa haya saldo alguno[25].

D. ARTÍCULO 4 PÁRRAFO 4

> "Paridad en los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el

---

satisfacer el test de la reciprocidad, cuando son reclamados en cualquier proceso concursal argentino, después de haber sido verificados no hay discriminación para el crédito extranjero respecto de su rango para el cobro, excepto en caso de quiebra liquidativa en cuyo caso algunos créditos extranjeros resultan subordinados al saldo.

[24] BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 758, 2001.

[25] Vid ROUILLON, Adolfo. Ob. Cit., pág. 19.

> extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes".

Si un acreedor obtuvo un beneficio mediante el cobro de su crédito en el exterior, debe traer a la masa la parte de su crédito para quedar en paridad, en iguales condiciones con aquellos acreedores que se presentaron en el procedimiento abierto en la República Argentina. Por ende, según esta regla, que por otra parte no es original de nuestro país, aquel acreedor que después que se haya producido la apertura del concurso en la República Argentina, haya logrado cobrar en el extranjero parte de sus acreencias, porque por algún motivo ha decidido fraccionar su crédito, se encuentra obligado a descontar de los dividendos que deba percibir en el país los montos que haya percibido en el extranjero.

Esta disposición no hace más que afirmar la regla de oro en materia concursal como es de la paridad de los créditos, la célebre *pars conditio creditorum*, que es receptada por la Ley Modelo UNCITRAL en el artículo 32 de su texto.

V. LA REGLA DE LA RECIPROCIDAD. PRUEBA.

A. EL ARTÍCULO 4 PÁRRAFO TERCERO

> "Reciprocidad. La verificación de acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre, que recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República puede verificarse y cobrar en iguales condiciones en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero".

Para terminar con el análisis del texto normativo de la Ley de Concursos, abordaremos el párrafo tercero del artículo 4 cuya aplicación es precisamente, la que se discute en el fallo analizado. En esta parte de la disposición se introduce la llamada "regla de reciprocidad" conforme con la cual se establecen los recaudos que serán necesarios reunir para lograr la admisibilidad en la quiebra y en el concurso argentino por el acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero. De tal modo que si un acreedor titular de un crédito pagadero en el extranjero desea insinuarse, ser admitido en el concurso abierto en la Argentina deberá demostrar que un crédito pagadero en la Argentina, vale decir un crédito local, sería reconocido y podría ser cobrado en paridad de condiciones en un procedimiento de insolvencia abierto en el país en el cual el crédito extranjero es pagadero. Esta regla, tal como lo anticipamos, fue incorporada en la legislación concursal argentina en 1983.

En este sentido, resulta necesario determinar tres cuestiones íntimamente relacionadas, en primer lugar cuándo un crédito es pagadero en el extranjero, vale decir, cuando es un crédito extranjero, no local, en segundo término a quién le corresponde la carga de la prueba del derecho extranjero y por último, cuál es la forma de acreditar procesalmente dicho extremo. Pero vayamos por partes.

Una primera lectura de la norma parecería indicar que la demostración de la reciprocidad, en principio le compete al acreedor que quiera hacer valer sus derechos en el procedimiento concursal argentino. Decimos en principio, porque tal como surge del propio artículo, de esta obligación quedan exentos los acreedores con garantía real, y porque además la jurisprudencia argentina viene sufriendo una lenta evolución con respecto a este requisito.

En efecto, puede pensarse por una parte, si se requiere que el crédito del que habla la disposición, sea totalmente pagadero en el extranjero o bien, se admita que alternativamente sea pagadero en el extranjero; y por la otra a quien incumbe la carga probatoria de tal demostración[26]. La jurisprudencia ha mostrado el camino con la determinación de ablandar; de morigerar el texto, diciendo que debe considerarse crédito pagadero en el extranjero aquél que es "exclusivamente" pagadero en el exterior, sin que se haya pactado un lugar de pago alternativo en la República Argentina. Esta es la primera cuestión.

Con respecto a la segunda cuestión, se ha interpretado con flexibilidad, y nosotros compartimos esta tendencia, que no es sólo e ineludiblemente el acreedor quien deberá acreditar el derecho extranjero sino que el juez podrá de oficio así hacerlo, o bien solicitar el auxilio del síndico o de otros interesados. En nuestra opinión, teniendo en cuenta tanto la redacción del texto legal como la tendencia contemporánea en la materia, no dudamos que corresponde, en cuanto ello fuere posible, la investigación de oficio del derecho extranjero por parte de los tribunales[27].

En este último aspecto se ha sostenido en una interpretación que apoyamos que: "el tribunal no puede desprenderse del conocimiento de la situación general de las legislaciones falimentarias, donde la regla es la existencia de reciprocidad y de igualdad de trato o no discriminación entre acreedores locales y extranjeros, pauta conteste con el fenómeno globalizador y de fomento a las transacciones internacionales que repugna este tipo de diferenciaciones, y que en los sucesivos tratamientos doctrinarios llevan a recomendaciones de derogación de tales pautas discriminatorias", agregándose que "si el tribunal a lo largo de su experiencia en el tratamiento de acreedores locales en el derecho extranjero conoce de tal reciprocidad, de oficio habrá de tener por cumplido el requisito de la reciprocidad, con los medios a su alcance. Tal solución es explícitamente reconocida por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que establece que si la ley extranjera invocada no hubiera sido probada por alguna de

[26] Ver Cámara Nacional en lo Comercial Sala B 22 de agosto de 1990, en los autos, Horacio y otro s/Inc. de Impugnación", se admitió que dentro de las facultades instructorias del juez interviniente se le permitiera requerir a las partes interesadas los elementos que llevaran al conocimiento del contenido de la ley extranjera invocada. La Sala A de dicho tribunal, con fecha 10 de septiembre de 1991 en los autos "Cavifré S.A. s/quiebra s/Inc. de Revisión", sostuvo que se encontraba acreditado el extremo de reciprocidad cuando el acreedor acompañó un testimonio escrito y un memorandum de derecho, debidamente certificados y traducidos, prestados por un profesional del derecho habilitado ante los tribunales del Estado de Nueva York. En este fallo, además, se interpretó que la regla de preferencia local funciona cuando existe otro concurso extranjero al cual pertenezca el crédito extranjero.

[27] Desde hace muchos años la justicia comercial argentina ha sido pionera en este tema, baste recordar el fallo recaído en "Deutches Reiseburo c. Speter Armando", de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, publicado en El Derecho 12 de abril de 1984. En efecto, no puede en la actualidad sostenerse válidamente, ante el desarrollo tecnológico y la facilidad de las comunicaciones, que el juez tenga problemas para conocer a través de su investigación el derecho extranjero alegado.

las partes, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”[28]. Con respecto a la tercera cuestión, aunque volveremos sobre ella, anticipamos que los jueces argentinos aceptan con un criterio amplio los medios probatorios a los que podrán recurrir los interesados para acreditar la regla de reciprocidad, la regla de no discriminación.

Esto implica que "alguno de los sujetos intervinientes" en dicho procedimiento deberá probar la reciprocidad a que nos remite el art. 4 LC y beneficiar, propalando sus efectos, a los restantes acreedores con tal probanza.

Coincidimos en este sentido con la línea de pensamiento que entiende que la carga de la prueba de la reciprocidad, aunque en principio incumbe al acreedor peticionante, puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación y el juez puede hacerlo de oficio; en otros términos, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación o revisión[29].

B. LA RECIPROCIDAD. CUESTION DE FONDO O DE FORMA.

Ahora bien, a estas alturas corresponde plantearse si la regla de la reciprocidad constituye un recaudo formal o de fondo, adjetivo o sustancial; dicho en otros términos, si se está ante un mero requisito legal para la admisibilidad del pedido de verificación o de la propia verificación. En este aspecto corresponde responder que según pensamos, se está ante una exigencia de la admisibilidad del pedido, razón por la cual es un requisito de índole formal y no sustancial; el que después de constatado su cumplimiento, en una segunda etapa abrirá el análisis del crédito en sus aspectos materiales o de fondo. Por ende, cabe reconocer que ante la eventual resolución denegatoria por falta de acreditación de la reciprocidad esta decisión no tendrá efectos de cosa juzgada material, sino formal, y que su falta, su incumplimiento oportuno, podrá ser subsanado, como por otra parte parece desprenderse del texto de la sentencia, con posterioridad dentro de los límites temporales de los pertinentes obrados.

Asimismo, si nos detenemos por un instante más en la regla de reciprocidad contenida en el párrafo 3 del artículo 4, también podemos argüir que se trata de una suerte de cláusula de retorsión típica, destinada a evitar que los acreedores locales pudieran en la hipótesis de que con

[28] Conforme Banco del Suquía S.A. s/ Concurso preventivo, sentencia del 29 de agosto del 2003.

[29] ROUILLON, Adolfo, "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal argentina 24522 ", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1999, año XLIV, n. 37, p. 25; DI TULLIO, José A., y Ruiz, Sergio G., "Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad", JA 2000-IV-985; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado" , t. II, 1992, Ed. Abeledo-Perrot, p. 1022; BELMAÑA, Ricardo J., "Del requisito de la reciprocidad exigido por el art. 4 ley 24522", en "Derecho Concursal argentino e iberoamericano", t. III, 1997, Ed. Ad-Hoc, p. 187; CICHERO, Liliana E., "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreedores verificatorias", La Ley Actualidad, 8/8/2002, p. 1; SONODA, Juan, "Verificación de créditos regidos por derecho extranjero", en RDPC 2002-3, Concursos, p. 74; C. Nac. Com., sala B, 22/8/1990, "Cacace, Horacio y otros"; sala A, 29/10/1997, "Banco Federal Argentino S.A. s/incidente de revisión Bank of Austria", ambos citados por ROUILLON, Adolfo, "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal argentina 24522 ", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1999, año XLIV, n. 37, p. 25.

posterioridad se abriera un concurso en el extranjero sufrir discriminaciones, exclusiones. Está claro que lisa y llanamente esta inspirada en la teoría de la *comitas gentium* o cortesía internacional que subsiste en el derecho internacional en varias instituciones[30] ; dado que importa la aplicación del derecho de retorsión, medio por el cual un Estado contesta con igual o semejante manera de obrar ante una falta de equidad cometida por otro; ya que el fin de la retorsión, en un marco de justicia estricta, se limita a devolver por un agravio, otro de análoga naturaleza que cesa en el momento en que el Estado ofensor rectifica su proceder[31].

Afortunadamente tales soluciones, ciertamente tan añejas como inconsistentes, tienden a desvanecerse ni bien uno repara en la evolución contemporánea en la materia que de manera contundente, se orienta a un tratamiento del fenómeno de la insolvencia transfronteriza sobre bases de paridad, sin discriminación alguna, sin concesión a la territorialidad.

En tal sentido, entre otros textos legales, se pronuncia el artículo 13 de la Ley Modelo UNCITRAL al establecer "que los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en el Estado nacional y de la participación en él". De este modo, una interpretación acorde con los principios que la inspiran permitirían considerar que se invertiría la carga probatoria y que por ende, la reciprocidad se presumiría y debería probar su inexistencia quien así lo alegase. Ello importaría, de adoptarse la Ley Modelo en el sistema concursal argentino que un acreedor cuyo crédito es exclusivamente exigible fuera del país pudiera pedir la declaración de quiebra del deudor domiciliado en la Argentina, en los mismos términos que podría hacerlo un acreedor cuyo crédito es exigible en la Argentina. Asimismo, se encontraría garantizado el derecho de participación en el concurso argentino, de igual modo que los acreedores locales, quedando derogada la vigente *regla de reciprocidad* del penúltimo párrafo del art. 4 de la ley 24.522 [32].

C. ACREEDOR EXTRANJERO, (MEJOR DICHO) ACREEDOR NO LOCAL

El concurso extranjero no puede ser invocado en la República Argentina para disputar los derechos de los denominados acreedores locales sobre los activos que existen en nuestro país; ni pueden invocarse para anular los actos celebrados por el deudor. Sin embargo, hay que aclarar que la República Argentina nunca ha discriminado a los acreedores por extranjeros, porque ello conspiraría con el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros establecido en la Constitución Nacional.

Por ello la doctrina se ha encargado de establecer que la calificación de "extranjero" en realidad se refiere a una cualidad del crédito y no del acreedor titular de él. El crédito, bien se ha dicho, y sólo

[30] KALLER de ORCHANSKY, Berta, "Reflexiones sobre el art. 4 Ley de Concursos antes y después de su reforma", RDCO, año 16, 1983, p. 712

[31] UZAL, María *El Art. 4 ley 19551, reformado por la ley 22917. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática*, RDCO 1985, n. 18, p. 546, nota 2.

[32] ROUILLON, Adolfo, *Concursos con repercusión transnacional. La ley modelo de la CNUDMI. -Uncitral- sobre insolvencia transfronteriza,* en obra colectiva, dirigida por Rouillon, A., *Derecho Concursal,* homenaje a Guillermo Mosso, La Ley, 2004, p. 796.

por extensión de lenguaje, el acreedor es "extranjero" cuando el lugar de pago no está dentro de las fronteras de la República Argentina. A la inversa, "el acreedor, mejor el crédito es "local" cuando el lugar de pago de la obligación es en la República Argentina"[33]. Esta diferenciación alcanza su máximo nivel cuando la legislación argentina protege a los acreedores locales en desmedro de los acreedores extranjeros a través de la regla de las preferencias locales, o preferencias nacionales.

En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decidido en su oportunidad, que el artículo 4 no resulta de aplicación cuando el instrumento base del crédito reclamado contiene una opción de lugar de pago, tanto en el país como en el extranjero, por cuanto las obligaciones con lugar de pago alternativo expresamente pactado no ofrecen dificultad alguna interpretativa y que el acreedor concurre con el resto de los acreedores pagaderos en igualdad de condiciones[34]. De este modo, solamente deberían acreditar la regla de reciprocidad aquellos acreedores con lugar de pago exclusivamente en el extranjero.

Así pues para concluir con este apartado diremos que una interpretación sistemática, integral del artículo 4 nos lleva a que:

1) Los créditos cuyos títulos resultan pagaderos exclusivamente en el extranjero, deben ser considerados como acreedores extranjeros, no locales.
2) Los acreedores extranjeros, no locales deben ajustarse a la regla de la reciprocidad, cuando son insinuados dentro de los procedimientos concursales (sea un concurso preventivo o una quiebra). Ellos no sufrirán discriminación alguna dentro de su rango para el cobro cumplidos los recaudos pertinentes[35].
3) En caso de quiebra liquidativa, los acreedores extranjeros, mejor dicho los créditos extranjeros, no locales se encuentran por aplicación de la regla de las preferencias locales, preteridos, subordinados en el cobro a la existencia de "saldo". Aunque, sabido resulta que esta regla recibe aplicación solamente en el supuesto que se trate de acreedores extranjeros en sentido estricto, vale decir, con exclusivo lugar de pago en el extranjero y que además pertenezcan a un concurso declarado en el extranjero.

[33] ROUILLON, Adolfo. Ob. Cit. Pág, 11. Consultado en www.iiiglobal.org.

[34] CSN 8/9/1983, "Bco. Europeo para América Latina c. Cura Hnos. SA", ED, 105-593 -con nota de Germán Bidart Campos, *La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior;* LA LEY, 1983-D, 403 con nota de SANCINETTI, Marcelo, *El art. 4° de la ley 19.551; su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte.*

[35] Ciertamente la disposición del artículo 4 no distingue entre procesos de concurso preventivo y concursos liquidativos o quiebras, por lo que no cabe aceptar una distinción en donde la ley no distingue. Aunque surge del análisis realizado precedentemente que las preferencias locales, nacionales solamente pueden presentarse en los procedimientos de quiebra en el que se liquida el patrimonio y donde puede existir técnicamente el saldo.

D. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Esta delicada como clásica cuestión plantea dos aspectos fundamentales, uno de carácter sustantivo y otro procesal, a saber:

1. La naturaleza del derecho extranjero, esto es, saber si el mismo es un derecho o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir si es un hecho.

2. El tratamiento procesal del derecho extranjero, acerca de si corresponde su aplicación de oficio o si solamente debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes[36].

Por nuestra parte, respecto de la primera cuestión, seguimos compartiendo la célebre posición sostenida por Federico Carlos von Savigny, acerca que el derecho extranjero es derecho y extranjero. Por tanto, el llamado formulado por la norma del conflicto del juez, está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas. Respecto del tratamiento procesal merecido por la ley extranjera, consecuentemente se impone según nuestro entender, la aplicación de oficio. Ello sin perjuicio, por cierto, que las partes aleguen y prueben la existencia, texto y vigencia del derecho extranjero invocado. Cabe observar que esta es la tesis incorporada en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, que se encuentran en vigor en la República Argentina.

Con respecto a la norma citada en el fallo, el celebérrimo artículo 13 del Código Civil que considera al derecho extranjero como un hecho y que coloca en las partes que lo alegan la carga de la prueba, antes como ahora pensamos que se trata de una disposición anacrónica, casi arcaica apegada al fundamento de la *"comitas gentium*", de la cortesía internacional. En efecto, el acceso al conocimiento de la existencia y contenido de un derecho extranjero, favorecido por el empleo de las comunicaciones electrónicas nos ha llevado, para la hipótesis de futuras alteraciones legislativas del sistema de derecho internacional privado de fuente interna argentino, por la aplicación de oficio[37]. Ello por cuanto pensamos, que es más sencillo, más ajustado colocar en cabeza de los jueces, por supuesto con el auxilio de las partes, la tarea de investigar el contenido, la existencia del derecho extranjero, que es el que ha sido alegado y que corresponde ser aplicado, que terminar aplicando el propio derecho del juez, o un derecho emparentado,

[36] BIOCCA-CARDENAS-BASZ, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Ultima edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
[37] Vid CARRILLO SALCEDO, Juan A. *Derecho Internacional Privado,* Tercera Edición, Tecnos, Madrid; CALVO CARAVACA-CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado.* Volumen I, Quinta Edición. Granada. 2004.

cercano con el derecho extranjero no probado[38]. Solamente vacilaríamos en aceptar esa posición como ultima ratio en caso que la otra alternativa fuera la desestimación de la demanda.

Si bien es cierto que parte de la doctrina argentina ha recordado que según los precedentes de los tribunales ingleses, el derecho de un país extranjero es lo que probablemente sus jueces dirían que es, y apoyándose en una cita de Herbert Jenner: "*the court sitting here decides from the persons skilled in that (Belgian) law, and decides as it should if sitting in Belgium"*[39], no lo es menos que esta línea de pensamiento se encuentra en consonancia, parece claramente compadecerse más con el sistema anglosajón en el que precisamente *the judge made law,* que a la filosofía del derecho continental, a cuya familia jurídica pertenece el derecho argentino conforme con el que los tribunales aplican, no crean el derecho.

Ahora bien en este puntual aspecto nos permitimos discrepar con la doctrina del fallo, en cuanto realiza una interpretación extensiva, universal de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 tratando de arrastrar la teoría del uso jurídico desde la fuente convencional hacia la fuente interna; desde la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Normas Generales hacia el artículo 4 de la Ley de Concursos. Y dijimos que no estamos de acuerdo, entre otras razones, porque no coincidimos con sus fundamentos ni con su aplicación extensiva.

En efecto, según uno de sus defensores más conspicuos, la teoría del uso jurídico se da porque la norma de conflicto señala como "hecho decisivo la sentencia de fondo que con mayor grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su derecho, en la hipótesis de que le hubiera tocado resolverlo"[40]. Con absoluto respeto diremos que el enunciado de esta tesis la hemos criticado al igual que autorizada doctrina extranjera, por entender que el llamado que hace la norma de conflicto es al orden jurídico extranjero y no a la sentencia probable del juez extranjero. Y ello por cuanto, sostener lo contrario, desde ya implica desnaturalizar la sentencia que en tal caso carecería de un presupuesto de validez cual es estar fundada en derecho.

Por otra parte queremos respetuosamente rescatar la autoría en el empleo de la institución del hecho notorio en materia de aplicación del derecho extranjero cuando el célebre comentarista Doctor Eduardo Busso encara el análisis del artículo 13 del Código Civil[41]. En efecto, según el Profesor Goldschmidt la teoría del uso jurídico opone a "todas las doctrinas que conciben el derecho extranjero como ordenamiento normativo (nacionalizado o extranjero), la tesis que el derecho extranjero es un hecho", pero se trata de un hecho decisivo, "la sentencia de fondo que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su derecho en la hipótesis de que le hubiera tocado resolverlo", tal como señalamos en párrafos

[38] Pueden verse algunas connotaciones coincidentes aunque siempre desde la concepción trialista en el trabajo de SOTO, Alfredo Mario, *Una sentencia en homenaje a los 70 años del uso jurídico.* El Derecho. 29 de septiembre del 2005.
[39] BOGGIANO, Antonio. Ob. Cit. Pág. 210.
[40] GOLDCHMIDT, Werner. Ob. Cit. Pág.
[41] BUSSO, Eduardo. *Código Civil comentado*. Buenos Aires, Tomo I, pág. 118, p. 22, 1945.

anteriores. Desde ya, la teoría alude al “mayor grado de probabilidades”, lo cual admite distintos grados de notoriedad, un hecho más notorio, igualmente notorio, menos notorio; o bien de notoriedad inmediata, mediata, casual, remota.

Desde nuestra mira, nunca hemos adherido a esta tesis, defendida incansable, brillante, y vehemente por el autor citado, porque entre otras razones pensamos que de no darse el mayor grado de notoriedad del hecho no habrá más que volver a los pagos y ciertamente aplicar la *lex fori*. Ahora finalmente terminamos trasladando a nuestro lector esta interrogante, cuándo el mentado uso jurídico no es asequible?, nos preguntamos como se hace para compatibilizar la teoría del uso jurídico con la obligatoriedad de la aplicación de oficio si no se facilita a los tribunales los medios de acceso al derecho extranjero?. Y puntualmente, con respecto al tema de la reciprocidad, si el acreedor sabe acerca del contenido del artículo 4 prontamente, no buscará asesoramiento jurídico que lo hará fijar el lugar de pago de su crédito en un territorio alternativo cuyo derecho no discrimine a los acreedores?. Parece que según la doctrina más autorizada, no habrá más alternativa que aceptar una suerte de vuelta a los pagos, back to lex fori, efecto rebote, efecto orden público internacional, efecto reenvío de primer grado, que parece conspirar con las raíces extraterritoriales del Derecho Internacional Privado. No, no estamos de acuerdo con estas derivaciones no queridas.

No ignoramos que esta cuestión ciertamente compleja, tiene un tratamiento diverso en la jurisprudencia extranjera, por ejemplo la española, en la que se ha sostenido lo que la doctrina de forma unánime entiende que el derecho extranjero debe ser objeto de prueba por quien lo alega, lo que de alguna manera lo convierte en un hecho, con fundamento en el artículo 12. 6 del Código Civil que establece que: ”la persona que invoque el derecho deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictándose al efecto las providencias oportunas”. Este precepto semejante al artículo 281.2 de la Ley Procesal en vigor, ha llevado que los tribunales y la doctrina dedicada a su comentario, a la consideración según la cual el derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de modo que en el caso que ello no se produzca deberá aplicarse el derecho español, SSTC 10/2000: 155/2001 y 33/2002)[42].
En este aspecto, con fecha 28 de abril del 2005 un Tribunal de Alicante, sostuvo que:”...El artículo 281.2 de la nueva LEC que recoge igual criterio que el último párrafo, derogado, del artículo 12.6 CC, e impone a la parte que invoque el derecho extranjero, la carga de probar tanto su contenido, como su vigencia, por cualquiera de los medios conocidos en el derecho. No es función judicial suplir las deficiencias probatorias de las partes, haciendo referencia al segundo inciso del núm. 2

[42] Acerca de este tema, y su evolución histórica puede verse CALVO CARAVACA, Alfonso Luis - CARRASCOSA GONZALEZ; Javier. *Derecho Internacional Privado*. Quinta Edición. Granada. 2004.

del art. 281, a los medios necesarios para la ulterior aplicación del derecho, y no para que resulte patente la aplicabilidad, liberando de la carga probatoria onus probandi a las partes".

Y con respecto a la aplicación del derecho del juez en caso de falta de prueba de derecho extranjero, con fecha del 15 de junio del 2005 el tribunal dijo, tratándose del derecho de Andorra, que: ".Cuando los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio, lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente...".

Sin embargo, una posición a nuestro modo de ver, menos rigurosa, más cercana a la que defendemos, es la esbozada en la sentencia dictada el 4 de julio del 2006 la Sala Primera del Tribunal Supremo que en lo pertinente dice: "...A nuestro parecer deben distinguirse dos aspectos en lo que se refiere a la aplicación de la ley extranjera: a) el primero consiste en la determinación del contenido de la ley que deba aplicarse según la norma de conflicto correspondiente; en este momento, deben utilizarse todos los medios de prueba dirigidos a demostrar al juzgador la vigencia, el contenido y la interpretación de la norma declarada aplicable, para lo cual debe emplearse el artículo 12. 6 CC. b) Cuando se ha demostrado al Juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en "la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. La ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley (artículo 24 CE), además de infringir la norma conflictual española..."[43]. Desde nuestra mira, la solución más segura, más sencilla, tal como surge de lo precedentemente dicho, es lograr la aplicación de oficio del derecho extranjero, sin desmedro de la participación de las partes u otros interesados en su introducción e indagación.

Cabe observar que según advierte la doctrina española consultada, las partes pueden verse perjudicadas o discrepar sobre la aplicación o inaplicación del derecho extranjero, en cuyo caso resulta necesario indagar sobre la posibilidad para las partes afectadas de recurrir en casación al Tribunal Supremo, siempre a la luz de la LEC del 7 de enero del 2000.

[43] Extraídas de los comentarios de Sentencias de Derecho Internacional Privado. The Accursio Team www.lanzadera.es. 2005.

Precisamente, un problema conexo se plantea con el de aplicación de la ley extranjera y es aquél que trata de saber, si cuando en la legislación procesal de un país se conceden recursos por inaplicabilidad o inconstitucionalidad de leyes o de doctrinas jurídicas, esos recursos se abren también cuando se trata de la interpretación, aplicación o inaplicación del derecho extranjero. Desde nuestra mira, tales recursos deben funcionar porque ellos tienden a dar unidad a la aplicación del derecho, y existe y en esto acompañamos a la autorizada doctrina argentina, la misma razón para "que sea uniforme el entendimiento o interpretación de un texto de derecho nacional o de derecho extranjero, porque se tiende a la seguridad y estabilidad de los derechos privados"[44].

VI. REGIMEN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DE FUENTE INTERNA. RASGOS CARACTERÍSTICOS

Para sintetizar, diremos el régimen legal argentino de fuente interna se caracteriza por establecer entre sus principales rasgos que:

- El concurso declarado en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, encontrándose legitimado el propio deudor o el acreedor cuyo crédito debe ser satisfecho en el territorio argentino, sin que sea necesario acreditar el estado de cesación de pagos.
- Asimismo, la ley argentina, mostrando fidelidad con el sistema pluralista, dispone que el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben ser pagados en el país, para disputarles los derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio nacional, ni para anular los actos que hubiesen celebrado con el concursado.
- Para la hipótesis procesal de la pluralidad de concursos la ley les reconoce a los acreedores que pertenecen a un concurso formado en el extranjero la posibilidad de actuar sobre el saldo una vez satisfechos los acreedores verificados en el concurso abierto en el país. Esta es la regla de las preferencias nacionales.
- Para el caso que los acreedores quirografarios que se hayan presentado en el concurso formado en nuestro país hubieren percibido dividendos en el concurso en el extranjero, con posterioridad a la apertura del concurso en el país, deberán traer a la masa lo percibido para lograr que se cumpla con la paridad de los dividendos[45].
- Con respecto a lo que ha sido objeto de estudio a través del fallo en esta ocasión, con relación a la verificación de los créditos no locales, pueden plantearse tal como vimos varias hipótesis: que el crédito "pertenezca" a un concurso declarado en el extranjero, en cuyo caso la norma legal dispone que: "...Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfecha lo demás créditos verificados en aquélla". En este aspecto, se posterga

[44] VICO, Carlos M. *Curso de Derecho Internacional Privado.* Tomo I. Pág. 235. Biblioteca Jurídica Argentina. Segunda Edición. 1934.

a los acreedores pertenecientes a un concurso abierto en el extranjero, arguyendo que *contrario sensu* habría que reconocer que los acreedores no pertenecientes a tal concurso deberían ser admitidos en un pie de igualdad con los acreedores locales, aunque sus créditos fueran pagaderos en el exterior. Sin embargo, siempre que exista una pluralidad de concursos los acreedores pertenecientes al concurso formado fuera de nuestro país actuarán únicamente sobre el "saldo" que quede en la quiebra local después de pagados los créditos verificados en ella, estableciéndose de esta manera el "sistema de las preferencias nacionales...".

- Para llegar a esta conclusión, corresponde que el texto bajo análisis sea leído conjuntamente con el artículo 228 LC que en sus párrs. 1º y 2º prevé que si los fondos de la liquidación en la quiebra alcanzan para el pago a los acreedores verificados, a los pendientes de resolución y los gastos y costas del concurso la quiebra concluye por pago total. Mas si aún así existiera "remanente", este último debe destinarse al pago de los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra, tal como surge del artículo 129 de la Ley de Concursos. Vale decir, que si en el caso concreto existen importes de gastos y costas concursales, intereses postconcursales, o del propio capital de los créditos sin abonar, lo que sobra es técnicamente “remanente”, no “saldo”, y, ese remanente tiene como destino a los acreedores y gastos causídicos, no al concursado. De modo tal que sólo cabe hablar de saldo cuando la quiebra concluye por distribución final con pago total, en cuyo caso, los acreedores de concurso extranjero sólo cobrarán sobre este saldo. La otra posibilidad es que el acreedor pagadero en el extranjero solamente puede verificar su acreencia en el concurso formado en el país si se demuestra la existencia de reciprocidad, es decir, debe probarse que un acreedor cuyo crédito es pagadero en el país puede verificar y cobrar, en iguales condiciones, en un concurso abierto en el otro país en el que la acreencia es pagadera.
- Desde ya diremos en este particular aspecto, que si de lo que se trata es de caracterizar el sistema de derecho internacional privado argentino en materia de insolvencia transfronteriza, habrá que decir no sin cierto desazón, que por un lado, exhibe rasgos que lo colocan claramente dentro de una línea pluralista, territorialista, mote que no alcanza verse atenuado con la mínima concesión a la extraterritorialidad que se reconoce al concurso declarado en el extranjero como causal para desencadenar la apertura de un procedimiento de quiebra en la Argentina y por el otro, y ello no es una cuestión menor que nos provoca similar desaliento, en cuanto consagra un régimen que no se compadece con las tendencias contemporáneas como son la regla de las preferencias nacionales y de la reciprocidad. Reglas que pudieron haber tenido cierta justificación antaño, cuando los acreedores locales no podían, o les era dificultoso obtener información sobre la situación financiera del presunto insolvente allende las fronteras, pero que carecen de asidero en las

[45] Cámara Nac. en lo Comercial Sala E “Trading Americas S.A. s/quiebra”. L.L. 1983, D. 423.

épocas actuales, donde la sociedad de la información ha favorecido el desarrollo de los medios electrónicos que permiten a las personas llegar a comunicarse mediante el simple cliqueo de un ratón”[46].

EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS DE FUENTE INTERNA EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL[47]

LEY N°	11.719 (1933)	19.551 (1972)	22.917 (1983)	24.522 (1995)
SISTEMA ADOPTADO	Territorialidad	Extraterritorialidad limitada. Se reconocía la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.	Extraterritorialidad limitada. Se reconocía la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.	Extraterritorialidad limitada. Se reconoce la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.
PREFERENCIAS NACIONALES	Operaban sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.	Operaban en relación con todos los acreedores extranjeros, quienes debían ejercer sus derechos sobre el remanente en forma individual. No quedaba claro en la ley si se aplicaba sólo a la quiebra o también al concurso.	Operaban sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.	Operan sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenezcan a un concurso en el extranjero.
RECIPROCIDAD	-	-	Condicionaba la verificación del crédito de acree-	Condiciona la verificación del crédito de acree-

[46] MAIRAL, Héctor A. Ob.. Cit. P. 1191. Ciertamente en la fuente convencional los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional contienen un régimen mixto, intermedio que se encuentra más en consonancia con las tendencias contemporáneas en la materia.

[47] Este cuadro fue elaborado por la Mag. Luciana Beatriz Scotti, a quien le agradezco su constante como valiosa colaboración.

			dores extranjeros a la demostración de la reciprocidad.	dores extranjeros a la demostración de la reciprocidad. Quedan exceptuados los titulares de créditos con garantía real.
PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS	-	-	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, son imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.

VII. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS EN EL DERECHO ARGENTINO. PROYECTOS DE REFORMA[48]

[48] Puede verse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, *La ley de Derecho Internacional Privado de la República Argentina: mito o realidad?* , en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.* Mayo de 1999*; El Proyecto Argentino en materia de Derecho Internacional Privado: Reforma a la Italiana?*. Disponible en http://www.diritoitalia.it.. Publicado el 7 de diciembre de 2000; *La Ley de Derecho Internacional Privado y el Proyecto del Reforma Argentino: un abrazo intercontinental?*, en Parra-Aranguren, Fernando (dir.). *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Parra-Aranguren.* República Bolivariana de Venezuela. Colección Libro Homenaje N°1. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen tercero. Sección Derecho Comparado, Editor Fernando Parra-Aranguren, Venezuela, 2001, ps. 21 a 57; *El Nuevo Proyecto de Reforma en la Argentina: otra oportunidad desaprovechada en materia de insolvencia internacionl*", e*n Temas de Derecho Internacional Privado*, Homenaje a Juan María Rouvier, Colección Libros Homenaje N° 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRÍGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, *Necesidad de la reforma en materia de insolvencia transfronteriza*, en el *Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 13)
Asimismo, puede consultarse el DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, de las Dras Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica S. Rodriguez, y Luciana B. Scotti. Presentado en junio de 2005. Disponible en www.casi.com.ar/institutos/ derecho_int_privado/dictamen_DIP.doc. Resumen publicado en *Revista Síntesis Forense* N° 116. Septiembre / Octubre 2005. Páginas 42/49.

A. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

En el año 2002 este anteproyecto de Ley fue elaborado por una comisión designada por el Ministro de Justicia y de Derechos Humanos Doctor Jorge R. Vanossi, integrada por los Doctores Adolfo Rouillon, Ana I. Piaggi, Efrain H. Richard, Héctor Alegría, Juan Anich, Julio César Rivera, Mariano Gagliardo y Sergio Lepera**.**

Este texto normativo parece asumir que los procesos de insolvencia para ser eficientes requieren de dos elementos: un cuerpo legal que fije los derechos y obligaciones de los participantes, sustancial y procedimentalmente y además, un marco institucional que instrumente estos derechos y obligaciones. Las reglas precisas dan certeza legal a las partes y evitan el litigio, facilitan los procedimientos, reducen los costos. Por sobre todo, normas y criterios ajustados proveen predictibilidad, uno de los objetivos mas preciados en esta materia.

En la insolvencia internacional frecuentemente existen conflictos normativos que reflejan diferentes intereses entre las jurisdicciones involucradas. Tal como resulta sabido, los dos modelos teóricos dominantes en esta materia han sido la territorialidad y la universalidad, y tal como antes se ha expresado, el puente entre ambos es la cooperación internacional. El resultado de esta cooperación supone un foro central localizado en un país complementado por procedimientos localizados en otro u otros países, combinando ambos principios extremos maximizando sus ventajas y minimizando sus debilidades.

El proyecto presentado, se basa en la Ley Modelo de UNCITRAL y permite conducir la insolvencia local de acuerdo con la *lex forum concursus,* en coexistencia con procedimientos diferenciados para la insolvencia internacional. En todos los casos el principio general es que el tribunal debe apuntar a la cooperación y la coordinación, dado que todo defecto de comunicación y de coordinación entre los tribunales y los administradores de las jurisdicciones interesadas propicia la dispersión o la ocultación fraudulenta de los bienes, o su liquidación, perjudicando la exploración previa de otras soluciones más ventajosas.

Se trata de que se disminuyan no sólo las probabilidades de que los acreedores sean reembolsados sino también que empresas financieramente viables sean rescatadas, salvando con ello entre otros intereses, los empleos. Porque ciertamente se trata de lograr soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en ese Estado.

Precisamente, en la exposición de motivos, entre otros aspectos se señala que: “La sanción de este proyecto constituirá un paso importante en el proceso de modernización de nuestra legislación concursal”[49].

[49] Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a la legislación concursal argentina.

B. LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Durante el presente siglo comenzaron a plasmarse legislativamente específicamente bajo el cauce de leyes especiales, las regulaciones de derecho internacional privado llamadas a dar respuesta a los problemas atinentes y al cuadro de relaciones vinculadas a la disciplina. Coincidimos con la doctrina más autorizada, que señala como la vía legislativa más adecuada para concretar el significado de los conceptos del Derecho internacional privado, como cauce más idóneo el de la ley especial, y de ser posible en un código de derecho internacional privado. Muestras de ello son: la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987; la Ley Australiana de Elección del Derecho Aplicable de 1992; la Ley de Reforma Italiana del Sistema de Derecho Internacional Privado, del 31 de mayo de 1995, Ley N° 218, publicada en la Gaceta Oficial, el 3 de junio de 1995; la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, del 6 de agosto de 1998, en vigor desde el 6 de febrero de 1999, el Código de Derecho Internacional Privado Belga del 16 de julio del 2004. Estas obras de codificación en sentido estricto de Derecho Internacional Privado, a nuestro juicio, son las que marcan la tendencia actual en la materia, realizaciones que muestran el que constituye el rumbo correcto en el derecho comparado

---

1. Los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores locales respecto de la apertura de un procedimiento en la República y de la participación en él con arreglo a la legislación concursal argentina.
2. Lo dispuesto en el primer párrafo del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a la legislación concursal argentina, salvo que no se asignará a los créditos extranjeros una prelación inferior a la de los créditos quirografarios, si el crédito extranjero de que se trate no estuviera subordinado a los créditos quirografarios.

Artículo 20.- Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y b) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a lo que establezca la legislación concursal argentina para tales casos.
3. El inciso a) del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.
4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a la legislación concursal argentina o a presentar créditos en ese procedimiento.

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a la legislación concursal argentina.

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos.

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, todo acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a la legislación concursal argentina respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea Proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor".

contemporáneo. Precisamente, y sólo como ejemplo diremos que el último de los mencionados, el Código Belga, procura extender las soluciones que Bélgica tiene incorporadas en materia de procedimientos de insolvencia como Estado Miembro de la Unión Europea, a cualquier insolvencia transfronteriza.

La República Argentina no ha podido concretar el sueño, se trata más bien de una pesadilla, de poder contar con una Ley Especial o un Código de Derecho Internacional Privado. En este aspecto, cabe señalar que durante el siglo anterior se elaboraron cuatro Proyectos, el último de los cuales fue presentado el 14 de mayo del 2003.

Y bien. Desde nuestra perspectiva, se estarían introduciendo en materia de derecho aplicable una serie de alteraciones que podemos calificar de sustanciales. De convertirse en Ley, aunque dado el tiempo transcurrido es una hipótesis bastante improbable, quedarían derogadas las siguientes reglas[50]:

- De la preferencia local de los acreedores locales, que, según dijimos, implica que los titulares de los créditos pagaderos en el extranjero y que pertenecen a un concurso extranjero, son postergados y subordinados a los demás créditos locales.

- De la reciprocidad, que, como vimos, implica establecer las condiciones de admisibilidad en la quiebra y en el concurso preventivo argentino, del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero (Artículo 4 inciso 3 de la LC)

- De la territorialidad de la sentencia concursal extranjera. Según esta regla, recordemos, el concurso extranjero no puede ser invocado para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes existentes en la República Argentina, ni para anular los actos celebrados en la República Argentina por el deudor (artículo 4 párrafo 1, frase 2, LC).

- De la paridad de los dividendos, que obliga a los acreedores que percibieron su crédito parcialmente en el extranjero a traer lo cobrado a la quiebra argentina para evitar se transgreda la regla de paridad de acreedores. (Artículo 4 último párrafo).

Nos detuvimos en algunas tendencias contemporáneas, sobre las que prometemos volver en trabajos ulteriores, ya que no puede desconocerse la especial relevancia que adquieren las distintas iniciativas plasmadas en Proyectos de Reforma destinados a disponer de un sólido régimen de insolvencia transfronteriza para la República Argentina. De modo que no puede soslayarse la posibilidad de adoptar un texto elaborado en un foro neutro y de alto nivel mundial,

[50] Este proyecto fue debatido en diversos foros y ámbitos académicos, entre ellos en una Jornada Cerrada para Sres. Profesores Socios de la A.A.D.I. convocada especialmente con el objeto de considerar el Anteproyecto de Código de Derecho Internacional Privado, organizada por la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, el día 13 de mayo de 2005, en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, en la que estuvimos presentes.

como es UNCITRAL, que asegura la mejor inserción de la República Argentina entre los países que se encuentran liderando soluciones de la más actualizada técnica en el ámbito internacional.

C. USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Nadie podrá ignorar que INTERNET se ha convertido en una infraestructura de creciente valor en múltiples dimensiones, no solamente para enfrentar el comercio global sino como una fuente innovadora de educación, entretenimiento y además como poderoso instrumento para coordinar actividades de toda índole, personales, empresariales y gubernamentales, incluso aquellas que auxilian a los jueces en su delicada tarea de impartir justicia[51]. En materia de insolvencia transfronteriza, los derechos estaduales están comprendiendo que sistemas de insolvencia eficientes coadyuvan al desarrollo económico de los países haciéndolos competitivos con los otros Estados con los que mantiene relaciones comerciales. En este aspecto, corresponde mencionar entre otros trabajos los desarrollados por el American Law Institute y el Internacional Insolvency Institute, que se plasmaran en las denominadas Pautas Aplicables a las Comunicaciones entre tribunal a tribunal en Casos transfronterizos. Si bien es cierto que ese proyecto estuvo inicialmente dirigido a la cooperación entre los tribunales de quiebra en los países del Tratado de Libre Comercio, Canadá, Estados Unidos y México, en la actualidad su aceptación ha excedido dicho ámbito para cubrir la necesidad de comunicación directa, clara y eficiente entre los tribunales con jurisdicción sobre una quiebra transnacional. Aunque hay que tener claro que no estuvo en la intención de quienes las elaboraron el cambiar las normas sustantivas o procesales de jurisdicción alguna, los derechos de participante alguno en un proceso de insolvencia transfronteriza o el derecho de jurisdicción alguna. En segundo término y no por ello de menor importancia, se observa que los legisladores cuando encaran una reforma en materia de insolvencia, entre las medidas de mejora de los sistemas, introducen el apoyo de medios electrónicos. Canadá, Malasia, Nueva Zelanda, el Reino Unido (Inglaterra y Gales), Serbia son claros ejemplos de esta tendencia que parece estar consolidándose en el derecho internacional privado comparado[52].

VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO. REFLEXIONES FINALES

1) El sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna en materia de insolvencia transfronteriza se encuentra contenido en la Ley de Concursos 24522, al que fundamentalmente habrá que recurrir dado que la fuente convencional, tales los Tratados Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 solamente vinculan a nuestro país, con la República del Paraguay y la República del Uruguay.

[51] FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *INTERNET, Un Golem de la Postmodernidad.?.* Ponencia publicada en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. El dial. Editorial Albremática. 2006.

2) No existe en nuestros días un derecho estadual que pueda ostentar un sistema que atienda la cuestión de la insolvencia transfronteriza, que pueda ufanarse válidamente de captar el fenómeno de manera integral, y así entonces proteger la totalidad de los intereses de los que se encuentran involucrados.

3) El régimen argentino en materia de insolvencia transfronteriza desafortunadamente sigue aferrado, porque no anquilosado en concepciones anacrónicas, y lo que es más grave completamente insensible de la realidad de la República Argentina que lo lleva a aislarse, desentenderse de un mundo en el que imperan negocios internacionales que incesante y vertiginosamente se despliegan favorecidos, impulsados por la utilización de las comunicaciones electrónicas[53].

4) No podemos ignorar que el artículo 4 se alinea en una tendencia con cierto sesgo territorialista, feudalista, casi hermético, que de no lograr ser morigerado en su aplicación implica una rémora para los operadores de los negocios internacionales.

5) Nos inclinamos decididamente en la conveniencia de consagrar lo que la doctrina y la jurisprudencia argentinas reclaman de manera uniforme en materia de aplicación de derecho extranjero: que los jueces argentinos si bien podrán solicitar auxilio a las partes, deberán saber que el peso de la investigación del derecho extranjero recae sobre ellos[54].

6) Deben superarse la idea de la reciprocidad propia de la época de la Revolución Francesa que ha dejado resabios en el sistema de Derecho Internacional Privado Argentino, como en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros en algunas de las legislaciones procesales provinciales; en la Ley de Extradición, y tal como vimos en el artículo 4 analizado, entre los principales, por no compadecerse con las tendencias contemporáneas.

7) Las lecciones aprendidas nos inducen a pensar que cuando se encaren las futuras enmiendas legislativas, deberán hacerse sabiendo que no existen una solución mágica, pero cualquiera que se emprenda deberá hacerse con la suficiente audacia como para cambiar el sentido histórico en esta materia asumiendo los retos que impone la postmodernidad, ya que la adopción de un régimen armónico, moderno y previsible disminuirá nuestra tasa de riesgo país y potenciará las posibilidades de acrecentar las inversiones extranjeras.

---

[52] Reporte de la Asamblea General Reunión Anual de la Asociación Internacional de Reguladores de Insolvencia (IAIR). México. 2006.

[53] RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. *La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia.* Diario Jurídico El Dial. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Editorial Albremática. 2006.

[54] Véase, DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, de las Dras Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica S. Rodriguez, y Luciana B. Scotti. Presentado en junio

8) No pensamos que la antigüedad en principio sea un defecto, porque las normas pueden soportar el paso del tiempo, lo cual indica que aún sirve a los propósitos para los que fue creada, aunque en ocasiones, en el derecho comercial internacional, y en particular en la insolvencia transfronteriza, habrá que evaluar seriamente lo que la sociedad percibe, es decir, el arcaísmo de algunas normas destinadas a regular este fenómeno.

9) Mientras ello ocurra, más allá de las discrepancias efectuadas precedentemente, resaltamos la importancia de fallos ejemplares como el analizado en este trabajo. Ello entre otras razones, porque apreciamos que la decisión se apoya en un minucioso como sistemático análisis del sistema de derecho internacional privado de fuente interna, ahondando en la delicada como relevante cuestión de la insolvencia transfronteriza. Máxime porque se hace cargo de una realidad que asume que no es lo mismo transitar un mundo en carreta como en épocas de la sanción del Código Civil en 1871 que navegarlo más cómodamente desde una computadora personal. Fallos como éste, que despiertan a la reflexión, que instalan meditaciones enriquecedoras dentro de la Ciencia del Derecho Internacional Privado, serán siempre bienvenidos por quienes la cultivamos[55].

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTI, Edgardo M., "¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras" en *LL* 1981-A, 768.
- ALEGRÍA, Héctor, "Extraterritorialidad de los concursos", en *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 47, 1987, p. 41.
- BASZ; Victoria y CAMPANELLA, Elisabet; *Derecho Internacional Privado*, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1999.
- BERÇAITZ, Ana, "La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado", en *ED* 43 - 1109.
- BERENDS, Andre J., "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en *Tulante Journal of International and Comparative Law* N° 66, Primavera, 1992, p. 319.
- BIDART CAMPOS, Germán, “El art. 4º de la Ley de Concursos y la Constitución”, en *ED,* Nº 5769, del 6 de julio de 1983 y en *ED* 104-1018.

de 2005. Disponible en www.casi.com.ar/institutos/ derecho_int_privado/dictamen_DIP.doc. Resumen publicado en *Revista Síntesis Forense* N° 116. Septiembre / Octubre 2005. Páginas 42/49.

[55] FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia. *Reformas al Código Civil.* Colección dirigida por los Doctores Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, Volumen 18, Derecho Internacional Privado, Lexis Nexis, 1994.

- "La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior", en *ED* 105-593.
- El proceso concursal de deudores domiciliados en el exterior que no tienen bienes en territorio argentino", en *ED* 159-58.
- BOGGIANO, Antonio; "Crise et dépassement des préférences locales dans la faillite transnational en Argentine", en *RCDIP* 77 - 1988 - 497.
- "Derecho extraterritorial de quiebras", en *JA* 12-1971- 217.
- CÁCERES, Gonzalo; "Reciprocidad" para el establecimiento en la República de sucursal de sociedad constituida en el extranjero, en *ED* 76 - 867.
- CALVO CARAVACA Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el ´centro de intereses principales´ del deudor?", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 217 a 240. *Derecho Concursal Internacional.* Colex, Madrid, 2004.
- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, "La ordenación de la insolvencia en la Unión Europea" en *Noticias de la Unión Europea*, N° 235/236, agosto/septiembre de 2004, año XX, ps. 27 a 54.
- "El Derecho Mercantil Internacional: la insolvencia con elementos extranjeros", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 275 a 315.
- CÁRDENAS, Emilio; "Pluralidad de concursos. Reflexiones ante la liquidación de la sucursal Nueva York del Banco de Intercambio Regional"; en *ED* 124 - 939.
- CHAUMET, Mario, "Reciprocidad y calidad del derecho extranjero en el proceso", en *Revista Derecho y Empresa* 5-306, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral.
- CICHERO, Liliana E., "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificatorias", en *La Ley Suplemento Actualidad* del 8/8/02.
- COSTA, Miguel G., “Aplicación del art. 4 de la ley 19.551” en *ED, t. 105, pág. 898.*
- DIAGO DIAGO, María del Pilar, "Los procedimientos territoriales en la nueva ley concursal", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 477 a 496.
- DI TULLIO, José y RUIZ, Sergio, "Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad", en *JA* 2000-IV-98.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, *La quiebra internacional. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reformas del modelo español,* Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993.
- "La ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", en *Cuadernos de Derecho y Comercio* N° 27, diciembre de 1998, p. 49.

- EZQUERRA UBERO, José Javier, "El Reglamento comunitario de insolvencia y la ley concursal: ámbito de aplicación especial de las nuevas normas de Derecho Internacional Privado", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 505 a 517.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, "La ley de Derecho Internacional Privado de la República Argentina: mito o realidad? ", en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.* Mayo de 1999.
- "El Proyecto Argentino en materia de Derecho Internacional Privado: Reforma a la Italiana?. Disponible en Italia. http://www.diritoitalia.it.. Publicado el 7 de diciembre de 2000.
- "La insolvencia internacional en la Argentina: armonización legislativa a la europea?", en *Revista Jurídica de San Isidro*. Enero-abril. 2000 y en http://www.derechoorg.com.es.
- "La Ley de Derecho Internacional Privado y el Proyecto del Reforma Argentino: un abrazo intercontinental?, en Parra-Aranguren, Fernando (dir.). *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Parra-Aranguren.* República Bolivariana de Venezuela. Colección Libro Homenaje N°1. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen tercero. Sección Derecho Comparado, Editor Fernando Parra-Aranguren, Venezuela, 2001, ps. 21 a 57.
- "Insolvencia y empresa en crisis en el Mercosur: Una necesidad o una quimera?", en *Libro Homenaje al Doctor Gonzalo Parra Aranguren. Ley Venezolana de Derecho internacional Privado*. Editor Fernando Parra Aranguren. Tribunal de Justicia de Venezuela. Venezuela. 2001.
- "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el Mercosur?", en *Libro de las IX Jornadas de Becarios e Investigadores*. Universidad de Mar del Plata. Editorial Suárez. 2002.
- "El Nuevo Proyecto de Reforma en la Argentina: otra oportunidad desaprovechada en materia de insolvencia internacional", e*n Temas de Derecho Internacional Privado*, Homenaje a Juan María Rouvier, Colección Libros Homenaje N° 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.
- "Insolvencia transfronteriza en los Tratados de Montevideo: interpretaciones distintas según sean o no tiempos de bonanza?" (comentario al fallo Sicamericana S.A. s/ quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, Colección de Análisis Jurisprudencial. *Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, y SCOTTI, Luciana, "Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?" (comentario al fallo Proberan I.C.S.A. s/ pedido de quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay" (comentario al fallo Ridiwel S.A.) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis*

Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

- "El célebre caso Swift en la República Argentina: un fallo aleccionador u otra asignatura pendiente?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRÍGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, "Extensión de responsabilidad de las casas bancarias matrices: algunas respuestas desde el Derecho Internacional Privado Argentino", en *Revista Jurídica de San Isidro. Estado de Derecho y Emergencia (Enfoque Multidisciplinario).* 2002-2003, N° 29, ps. 119 - 143. Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro, San Isidro, mayo de 2003.
- "Política legislativa en materia de insolvencia internacional para el Mercosur: necesidad de una regulación autónoma", ponencia presentada para las III Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. 20, 21 y 22 de noviembre de 2003, en Slavin, Pablo (compilador), *3ras Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, ps. 423 - 428, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2003.
- "Necesidad de la reforma en materia de insolvencia transfronteriza", en el *Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 13) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: http://www.casi.com.ar
- “Algunas bases legislativas para la regulación de la insolvencia internacional", en el *Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 12) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: http://www.casi.com.ar
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, SCOTTI, Luciana Beatriz y BÁEZ PEÑA, Vera, "Grupos económicos: una aproximación al Derecho Internacional Privado Argentino", en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional,* Alfonso Luis Calvo Caravaca y Santiago Areal Ludeña (directores), ps. 559 - 585, 1062 páginas, Ed. Colex, Madrid, 2005.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto y GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto (h), “El régimen internacional del concurso en la Ley 24.522 y la reforma constitucional de 1994”, en *JA* 1995-IV-873.
- GOLDSCHMIDT, Werner, "El art. 4° de la ley 19551", en *ED* 100 - 853.

- KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Régimen de la quiebra extranacional", en *LL* 129 - 1179.
- “Reflexiones sobre el art. 4° de la ley de concursos, antes y después de su reforma", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1983 - 705.*
- KRINGS, Ernest, "Unification législative internationale récente en matiere d´insolvabilité et de faillite", disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org. [Consultado en junio de 2004]
- LAQUIS, Manuel, "El caso Swift y la interdependencia económica", en *ED* 51, 223.
- LEONARD, Bruce, "International Bankruptcy Law. The International Year in Review", en *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law*, 2002 Edition.
- LORENTE, Javier Armando, ¿Sólo un acreedor "local" puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero", nota al fallo Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José (CNCom, sala B, 20 de octubre de 1999), en *ED* 187 - 197.
- MAIRAL, Hector; “El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la Ley de Concursos*”;* en *LL* 1981 - C, 1190.
- MALBRAN, Manuel, "La extraterritorialidad de la quiebra en el caso Swift de la Plata S.A.", en *ED* 54 - 809.
- MERCAIDO, María Victoria, "La quiebra internacional". Presentando en las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, celebradas los días 12 y 13 de noviembre de 1998, en San Martín de los Andes.
- MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 54.
- NADELMANN, Kurt, "El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros en las leyes de quiebra", en *JA* 1974-477.
- NEGRE de ALONSO, Liliana, "Mercosur: necesidad de modificar algunas normas concursales", en *La Ley Actualidad* del 12/04/1994.
- ONETTO, Claudio; “Alcances de la preferencia local establecida por el art. 4 de la Ley 19.551"; en *ED* 65 - 767.
- RADZYMINSKI, Alejandro*,* "Sistema de Derecho Internacional Privado concursal argentino", en *Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones, Año 2, 1990-A-199*.
- RAISBERG, Claudia, "¿Cómo se verifica el crédito de un "acreedor extranjero"? en *Revista ERREPAR*, noviembre de 2001.
- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía, "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- “Algunos aspectos sobre la Insolvencia de las empresas Internacionales y Regionales”, en *Revista Síntesis Forense* Nº 88, Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2000.

- “Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940”, en *Revista Síntesis Forense* Nº 90, Colegio de Abogados de San Isidro.
- "El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 2 (primera parte), 3 (segunda parte), 4 (tercera parte) y 5 (cuarta parte), *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática.
- ROUILLON, Adolfo A.N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", en International Insolvency Institute, Disponible en www.iiglobal.org. [Consultado en enero de 2004]
- “Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", en *Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones*, N° 102, 1984 - 788.
- “¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *La Ley* 2002-A, 387.
- "Concursos con repercusión transnacional. La Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia transfronteriza", disponible en www.iiiglobal.org [Consultado en enero de 2004]
- SANCINETTI, Marcelo A. "El art. 4° de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma" en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1984* - 139.
- "El artículo 4° de la Ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte", en *LL* 1983-D, 403.
- SILVERMAN, Ronald, "Advances en cross-border insolvency cooperation: the UNCITRAL model law on cross-border insolvency", en *ILSA Journal of international and compative law*, Spring, 2000.
- SMITH, Juan Carlos; “El régimen internacional de los concursos en la Ley 19.551", en *LL* 1980-A, 758.
- UZAL, María Elsa; “Art. 4 Ley 19.551 (reformado por la ley 22.917). Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 18, 1985 - 527.
- “Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la Ley 24.522", en *ED* 172 - 910.
- VERÓN, Alberto Víctor; "Problemas concursales en el ámbito del Mercosur, y el régimen legal argentino", en e Eduardo M. Favier Dubois (h) (Dir), *Negocios Internacionales y Mercosur,* Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires,
- "Las sociedades constituidas en el extranjero y su acceso a los procesos concursales", en *Revista de las Sociedades y Concursos* N° 24, Año 4, Septiembre - Octubre 2003, ps. 15-30.
- WÜRST, Walter, “La quiebra extranacional”, *en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,* N° 29, 1996 - 443.

LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN LA MULTIPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Por Mónica S. Rodríguez

I. INTRODUCCIÓN

La cooperación entre tribunales tiene la clara ventaja para todas las partes que se encuentren envueltas en casos de insolvencia y reorganización que se extiendan más allá de las fronteras de un país.

Uno de los elementos esenciales de la cooperación en los casos transfronterizos es la comunicación entre las autoridades administrativas de los países involucrados, ello no sólo en los tribunales ante los que se tramitan los procedimientos de insolvencia y reorganización, sino también reviste suma importancia que los tribunales supervisores puedan coordinar sus actividades para asegurar que las personas que tengan intereses en las empresas concursadas reciban el beneficio máximo.

La ventaja en facilitar las comunicaciones entre tribunales en procedimientos internacionales ha sido considerada por las Naciones Unidas en la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL, o NUDMI en sus siglas en francés), que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1997.

Así en el Capítulo IV, destinado a la Cooperación con tribunales y representantes extranjeros establece que el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por el conducto que establezcan, quedando facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros, para recabar información o asistencia directa de los mismos (artículo 25).

Los beneficios de la comunicación también han sido reconocidas por el Reglamento de la Unión Europea 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia, que obtuvo efectividad en los Países Miembros de la Unión Europea en 2002[1].

Esta misma inquietud se ha planteado entre los países del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y los Estados Unidos y fueron desarrolladas en el Proyecto de Insolvencia Transacional las Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal –a- Tribunal en Casos Transfronterizos, y a cuyas disposiciones nos ceñiremos en esta oportunidad.

II. PAUTAS APLICABLES A LAS COMUNICACIONES DE TRIBUNAL – A- TRIBUNAL EN CASOS TRANSFRONTERIZOS

Las Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal – a- Tribunal en Casos Transfronterizos, en lo sucesivo “las Pautas”[2], fueron desarrolladas por el American Law Institute durante y como parte de su Proyecto de Insolvencia Transnacional y su uso en casos transfronterizos está específicamente permitido y sugerido.

Tienen por finalidad principal, establecer principios de Cooperación entre los países del Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México.

El American Law Institute dio su aprobación final al trabajo del Proyecto de Insolvencia Transnacional del ALI en mayo de 2000. El mismo consistió de cuatro volúmenes publicados, después de un retraso requerido por la necesidad de incorporar un nuevo Código de Quiebras Mexicano, en el 2003 bajo el título de *Insolvencia Transnacional: Cooperación entre los Países del TLC.* Dichos volúmenes incluyeron tanto la primera fase del proyecto, Informes separados sobre las leyes de quiebra del Canadá, México y los EE.UU, y la fase culminante del proyecto, un volumen incluyendo los *Principios de Cooperación entre los Países del TLC*. Todos reflejaron el trabajo común de los equipos de Reporteros y Consejeros de cada uno de los tres países del TLC y una perspectiva completamente transnacional.

Como derivado de este trabajo en el volumen de Principios, las Pautas, formaron parte originalmente del Apéndice B de dicho volumen, y fueron aprobadas por el ALI en el 2000 con el resto del Proyecto que reunió a profesionales de la insolvencia, abogados, jueces y académicos de tres sistemas distintos de derecho. Sabido es que México pertenece a la tradición del derecho continental romanista, EEUU al common law y, Canadá conjuga en su sistema dual de disposiciones.

Para logro de la finalidad declarada, fue menester que todos los participantes entendieran cabalmente las normas y el funcionamiento de cada uno de estos sistemas, lo que permitió generar una serie de principios consistentes que resultan de gran utilidad en su aplicación a las insolvencias transtronterizas en los tres países del Tratado de Libre Comercio de las Américas.

Las Pautas, sin embargo, han sido traducidas y diseminadas mundialmente, citadas y aplicadas por tribunales, e independientemente aprobadas tanto por el Internacional Insolvency institute y el Insolvency Institute of Canada. Además, aunque como ya dijimos fueron desarrolladas inicialmente en el contexto de un proyecto dirigido a la cooperación entre los tribunales de quiebras en los países del TLC, han sido adoptada por el foro de quiebras del Internacional Insolvency Institute, que incluyen miembros de más de 40 países, extendiendo considerablemente su campo de aplicación.

Asimismo se sostiene que no existe razón para limitar las Pautas a los casos de insolvencias, ya que pueden resultar útiles en cualquier situación donde se necesiten normas sensibles y coherentes para la cooperación entre tribunales envueltos en litigios impuestos en más de un país.

El Internacional Insolvency Institute ha organizado y supervisado la traducción de las Pautas al

Francés, Alemán, Italiano, Koreano, Japonés; Chino, Portugués, Ruso, Sueco y por su parte el American Law Institute ha efectuado su traducción al Español. Tal como lo han manifestado los Directores de ambos organismos, las traducciones asegurarán su accesibilidad universal, y "ayudarán a promover mejor comunicación, y por ende mejor entendimiento entre los diversos tribunales y sistemas legales a través de nuestro mundo cada vez más globalizado"[3].

A su turno, el Director del Internacional Insolvency Institute E. Bruce Leonard expresó que el uso de las Pautas en casos internacionales efectuará un cambio positivo permanente en las insolvencia y reorganizaciones internacionales[4]

No se pretende que las Pautas cambien, alteren o modifiquen los reglamentos o procedimientos domésticos que apliquen en algún país y no es tampoco la intención de afectar o limitar los derechos sustantivos de cualquier parte envuelta en procedimientos ante los tribunales, ni el derecho de jurisdicción alguna. La intención, el propósito de las Pautas es el facilitar y animar la cooperación en casos internacionales, mientras se observen todos los procedimientos y reglas aplicables, respectivamente ante los tribunales que estén envueltos en el mismo. Pueden ser modificadas para cumplir, o con el derecho procesal de la jurisdicción envuelta, o con circunstancias particulares en casos individuales con el motivo de crear el mayor nivel de cooperación posible entre los tribunales al tratar con una insolventa o liquidación transnacional.

Por otra parte, una de sus características importantes es su ductibilidad. No se supone que las Pautas sean estacionarias, sino que se las adapte y modifique según las circunstancias y particularidades de los casos individuales y que éstas cambien y evolucionen según la comunidad de insolvencia internacional vaya ganando experiencia al trabajar con ellas.

Garantías de transparencia

No obstante la búsqueda de la cooperación entre tribunales, las comunicaciones directas entre jueces, o entre jueces y administradores en un país extranjero peden suscitar cuestiones de credibilidad y de procesos inadecuados, es por ello que las Pautas tienen como fin permitir la cooperación rápida en el caso de insolvencia y al mismo tiempo asegurar que todas las partes afectadas reciban las debidas garantías procesales.

El tribunal que tenga intenciones de utilizar las Pautas, ya sea en parte o en su totalidad, con o sin modificaciones; deberá adoptarlas formalmente antes de aplicarlas. Puede asimismo establecer como condición de su aplicación que el otro tribunal también las adopta en forma sustancialmente similar, para asegurar que los jueces, abogados, y las partes no se vean sujetos a distintos estándares de conducta.

La decisión de su adopción deberá ser notificada a las partes y abogados, de igual modo que se notificaría cualquier decisión procesal importante bajo circunstancias similares, y de ser necesario, se incluirán los requisitos de notificación que se usen en situaciones urgentes o de emergencia.

Es decir que la forma de dicha notificación dependerá de la lex procesal fori.

Respecto a quienes son las partes con derecho a ser notificadas, así como al tipo de consideración que el juez dará a las objeciones que se planteen, están gobernadas por las normas del derecho procesal de cada jurisdicción (lex fori) ya que las Pautas, no abarcan dichas cuestiones.

Principios y características de las comunicaciones:

Según lo establecido en la pauta número dos (2), cada tribunal podrá comunicarse con el otro, en conexión a asuntos relacionados con cuestiones que se tramitan ante él, a fin de coordinar y armonizar dichos procedimientos con aquellos pertenecientes a la otra jurisdicción.

Regula o establece, principalmente, las comunicaciones directas a desarrollarse entre los Tribunales de los distintos Estados, las comunicaciones que el Tribunal del Estado efectúe con un Administrador o Representante de insolvencia en otra jurisdicción, así como las comunicaciones que el tribunal extranjero realice al Administrador o Representante autorizado en el Estado adoptante.

Las comunicaciones entre un Tribunal a otro podrán efectuarse de las siguientes maneras:

a)Por medio de envío o transmisión de copias de órdenes formales, sentencias, dictámenes o razones de las decisiones, ratificaciones, trascripciones de procedimiento u otros documentos; previo aviso a los abogados de las partes afectadas, en la forma que el Tribunal considere apropiado:

b)Ordenando a los abogados o al Administrador de Insolvencia nacional o extranjero que transmita o entregue copias de documentos, alegatos, declaraciones juradas, exposiciones de hechos, escritos u otros documento que formen o vayan a formar parte del expediente de un tribunal a otro, en la forma que fuere apropiada y previo aviso a los abogados de las partes afectadas.

c)Participando en comunicaciones bilaterales entre tribunales en forma de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos. En estos casos, los abofados de todas las partes afectadas deberán tener derecho a participar personalmente durante la comunicación, debiendo ser notificadas con anticipación. La comunicación deberá ser grabada y se podrá transcribir considerándose a la misma como transcripción oficial de la comunicación. Copias de cualquier grabación, transcripción oficial preparada deberá formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las instrucciones de confidencialidad que los Tribunales consideren apropiados. Asimismo, para efectuar los arreglos necesarios para la comunicación, tanto los Jueces, como el resto del personal de cada Tribunal podrán comunicarse libremente el uno con el otro, sin necesidad de que

participen los abogados, salvo que cualquiera de los Tribunales ordenase algo diferente.

También prevé, salvo que el Tribunal ordenase lo contrario, que las comunicaciones se establezcan entre el Tribunal y un Representante autorizado del Tribunal extranjero o un Administrador de Insolvencia extranjero, podrán efectuarse por teleconferencia, con o sin video o por otros medios electrónicos siendo que en esos casos:

a)Todas las partes deberán ser notificadas con anticipación y los abogados de toda parte afectada deberán tener derecho de participar personalmente durante la comunicación.

b)La comunicación deberá ser grabada y se podrá transcribir pudiendo considerarse ésta como la transcripción oficial de la comunicación.

c)Copias de cualquier grabación de comunicación, transcripción preparada conforme las instrucciones del Tribunal o transcripción oficial deberán formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles al otro Tribunal y a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las instrucciones de confidencialidad que el Tribunal considere apropiadas.

d)A igual que en el supuesto anterior, aparte de los Jueces, todo el personal del Tribunal podrá comunicarse libremente con el Representante autorizado del Tribunal extranjero o el Administrador de Insolvencia extranjero para efectuar los arreglos necesarios para dicha comunicación, sin necesidad de que participen los abogados, salvo disposición en contrario.

El principio de la libre, directa comunicación entre el personal de los Tribunales a los fines de acordar el desarrollo de las comunicaciones, vuelve a establecerse en el supuesto de efectuarse la Audiencia de Vista conjunta prevista en la pauta número nueve (9), ello con el fin de establecer las pautas para la presentación de las peticiones, coordinar y dirimir cualquier cuestión procesal, administrativa o preliminar relacionada con dicha audiencia conjunta, como asimismo con posterioridad a su celebración con el fin de determinar la posibilidad de que ambos tribunales expidan órdenes coordinadas, entre otras cuestiones.

En la referida Audiencia de Vista conjunta, cada tribunal deberá poder escuchar simultáneamente los procedimientos en el otro tribunal. Los materiales escritos o probatorios presentados o a ser presentados ante uno de los Tribunales deberán ser transmitidos al otro Tribunal o estar disponibles electrónicamente e un sistema accesible al público con anterioridad a la vista, sin que ello implique el sometimiento de la parte que los haya presentado a la competencia del otro Tribunal.

El Representante de cada una de las partes deberá hacer radicaciones o solicitudes exclusivamente ante el Tribunal frente al cual comparece, salvo que el otro Tribunal específicamente autorice a dicho representante para someter sus radicaciones. El Tribunal deberá aceptar que las órdenes emitidas durante la sustanciación del proceso en la otra jurisdicción han

sido hechas o inscritas de manera legal y propia y aceptar que dichas órdenes no requieren prueba ni certificación adicional de sus copias para fines de las actuaciones del Tribunal, excepto en caso de objeción apropiada por causas válidas y sujeto a las reservaciones que pudiera tener el Tribunal sobre su conveniencia en relación con los procedimientos de apelación o revisión relacionados con dichas órdenes.

Asimismo y con los recaudos o reservas referidas anteriormente, se dispone que el Tribunal, deberá reconocer y aceptar como auténticas las disposiciones de las leyes, los reglamentos estatutarios o administrativos y las normas procesales de aplicación general sobre los procedimientos de la otra jurisdicción, sin que sea necesario ofrecer pruebas adicionales ni certificar copias de éstas.

Conviene en este punto detenernos a resaltar la importancia o trascendencia de la pauta referida, en cuya elaboración participaron juristas y académicos pertenecientes al common law, en cuanto implica la aceptación de la postura savigniana respecto a la consideración de la ley extranjera como derecho que no deberá ser sometido a prueba, dejando de lado la postura de los autores de la escuela angloamericana[5] para quienes el derecho extranjero es un hecho que las partes que pretendan su aplicación deberán invocar, alegar y probar.

Ello quizás nos haga reflexionar respecto a la firmeza y convicción en la defensa de los principios que consideramos válidos para la regulación, vigencia y adopción con respecto a las situaciones o relaciones internacionales, convicción con la que deben encararse los procesos de codificación y armonización, en la que suele abdicarse por la impresión de la “superioridad” de los ordenamientos de las naciones avanzadas (económicamente), las que como vemos, deciden la conveniencia de la adopción de un principio u otro en virtud a la practicidad de la solución a la que pretende arribarse.

Corresponde destacar que, como es de suponer, las Pautas establecen que cualquier disposición podrá ser suplementada, modificada y replanteada, de tiempo en tiempo y dichas suplementaciones, modificaciones y nuevos planteamientos deberían surtir efecto al momento de su aprobación por cada uno de los Tribunales, siendo que, si cualquier Tribunal que tenga intenciones de suplementar, cambiar o abrogar cualquier Disposición expedida bajo estas Pautas sin que hubiere la aprobación conjunta de ambos Tribunales, el Tribunal deberá notificar sus intenciones con tiempo razonable a los otros Tribunales involucrados.

Notificación a las partes no residentes.

En la pauta número doce (12) se establece la confección de una Lista de Notificación Judicial que debe incluir las partes con derecho a recibir notificaciones judiciales de los procedimientos ante el Tribunal de la otra jurisdicción busca coordinar (Partes No Residentes), pudiendo ordenarse que todas las notificaciones, solicitudes, mociones y otros materiales entregados sean proporcionados y notificados poniéndolos a disposición por vía electrónica en un sistema de acceso público, o por

medio de fax, correo certificado o registrado, o por medio de entrega por servicio de mensajeros o en cualquier otra forma que determine el Tribunal de acuerdo con la lex fori.

Intervención del Administrador o Representante:

El Tribunal podrá expedir una orden o dar instrucciones que autoricen al Administrador de la quiebra en el extranjero o al representante de los acreedores en los procedimientos que se tramitan en la otra jurisdicción, o al Representante autorizado frente al Tribunal, sin que el hecho signifique la aceptación de la jurisdicción de dicho Tribunal (Pauta 13).

Para concluir cabe resaltar asimismo se dispone (Pauta 17) que los acuerdos contemplados bajo estas Pautas no constituyen un compromiso o renuncia por parte del Tribunal de sus facultades, responsabilidades o de su autoridad, y no representan una decisión sustantiva sobre la materia en conflicto que se sustancia ante cualquiera de los dos Tribunales ni una renuncia por una de las partes a sus derechos sustantivos y reivindicaciones o una merma de los efectos legales de una de las decisiones expedidas por cualquier de los dos Tribunales.

Vemos que resulta manifiesto que las Pautas, no tienen por finalidad modificar ningún aspecto de la ley nacional, -ni sustancial ni procesal- referida al tema de la insolvencia transnacional y de la reorganización empresaria, ni modificar las cuestiones jurisdiccionales o de competencia, ya que ello excedería de la materia por ellas objeto de regulación. Solo buscan establecer parámetros de comunicación flexible y directa adoptando los más variados y modernos medios de comunicación, (fax, internet, teleconferencia); tanto entre los Tribunales, como también respecto a los empelados, representantes y Administradores, sujetos a determinadas condiciones que garanticen la bilateralidad, como ser la información y aviso de las comunicaciones, documentos presentados y actos a realizar, a todas las partes interesadas y sus abogados.-

Sin temores, recelos o desconfianzas respecto de la colaboración jurisdiccional y la actuación de los tribunales extranjeros, nuevas formas de comunicación son aceptadas en los modernos instrumentos que buscan simplificar todas las cuestiones relativas o relacionadas a la insolvencia transnacional, en razón de sus características y la finalidad de optimizar la consecución de los objetivos que ahora se reconocen al proceso falencial.

[1] Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. Diario oficial n. L 160 de 30 de junio de 2000

[2]Adoptadas y promulgadas por el American Law Instituto en Washington, D.C. el 16 de mayo de 2000; y por el International Insolvency Institute en New Cork el 10 de junio de 2001.

[3] Ver Prólogo LIEBMAN, Lance - Director del American Law Institute. Enero de 2004.-

[4]Ver Prólogo del Director del Presidente del Internacional Insolvency Institute, E. Bruce Leonard. Toronto, Notario, marzo de 2004.

[5] Sin pretender profundizar en el debate doctrinario respecto a la interpretación que corresponde efectuar al artículo 13 de nuestro Código Civil, corresponde recordar que el codificador sigue en este punto a Joseph Story, “Conflict of Laws”, aclarando, además en la nota a dicha norma que “*La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley naional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba*.” Ver Dalmacio Velez Sarsfield, nota al Artículo 13 del Código Civil de la República Argentina.

ANEXO

PROYECTO UBACyT D811

"ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPACIOS INTEGRADOS (en particular en el MERCOSUR)"

Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

2007

Esta presentación corresponde al Informe de avance del Proyecto UBACyT D 811 realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" el día jueves 23 de agosto en el Seminario Permanente de Investigadores, en la cual participaron:

- SARA L. FELDSTEIN de CÁRDENAS
- ALICIA FARINATI
- FLAVIA MEDINA
- MÓNICA S. RODRÍGUEZ
- LUCIANA B. SCOTTI

PRESENTACIÓN DEL PROYECTO

“ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPACIOS INTEGRADOS”

- **DIRECTORA:** Sara L FELDSTEIN de CÁRDENAS
- **INTEGRANTES:**
- CANDELARIO MACIAS, María Isabel – Investigadora Formada
- FARINATI, Alicia N. - Investigadora Formada
- MEDINA, Flavia A. – Tesista
- PALACIO, Susana B - Investigadora Formada
- RODRÍGUEZ, Mónica S. – Tesista
- SCOTTI, Luciana B. – Becaria de Investigación/ Tesista (CONICET) Proyecto: "Juez competente y ley aplicable en material de contratos electrónicos (cibercontratos) a la luz del Derecho Internacional Privado"

OBJETIVOS GENERALES

- Analizar y justificar la necesidad de la armonización legislativa en materia de contratos electrónicos en el MERCOSUR, a la luz de los resultados obtenidos a través del desarrollo del proyecto propuesto.
- Proponer un modelo de legislación en materia de contratación electrónica, ley aplicable y jurisdicción competente, para el MERCOSUR que sea compatible con las prácticas, modelos y legislación de la comunidad internacional aplicables a la materia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar la posible aplicación de los criterios clásicos sobre ley aplicable y jurisdicción competente en materia de contratos internacionales a los contratos electrónicos.
- Buscar y examinar los obstáculos que presenta la aplicación de tales criterios y su eventual superación a través de leves correcciones que permitan su adaptación a la contratación electrónica.

- Analizar las normas de **Derecho Internacional Privado** de fuente interna y convencional como así también los proyectos de reforma en la materia en la República Argentina, y los marcos normativos vigentes en otros Estados, en espacios integrados como la Unión Europea y demás instrumentos sobre esta problemática tales como leyes modelo, guías, convenciones internacionales.
- Propender mediante el diseño de un marco normativo adecuado el desarrollo controlado de la contratación electrónica en el **MERCOSUR.**
- Crear a través de la regulación específica un ambiente favorable para el intercambio de bienes, servicios, capitales, personas.

PLANTEO DEL PROBLEMA

- **Respecto de la contratación electrónica internacional, surgen los siguientes interrogantes:**
- ¿Es posible localizar territorialmente a las relaciones jurídicas contractuales que se entablan en el ciberespacio?
- ¿Cómo se determina el momento y el lugar de la celebración de un contrato electrónico?
- ¿En qué momento se puede considerar perfeccionada la voluntad de los contratantes de un "cibercontrato"?
- ¿Cuál es el lugar de ejecución de un contrato celebrado por medios electrónicos?
- ¿En qué momento se considera efectuado el cumplimiento de un contrato de este tipo?
- ¿Cuál es la ley aplicable al fondo y a la forma de un contrato electrónico?

- ¿La autonomía de la voluntad es un principio aplicable a los contratos cibernéticos?
- En tal caso, ¿rigen los mismos límites a su ejercicio, tales como el orden público internacional, las normas de policía, el fraude a la ley, la protección a las personas consideradas jurídicamente más débiles como son los consumidores?
- ¿Cómo operan, entonces, estas limitaciones al mencionado principio?
- ¿Los criterios tradicionales del Derecho Internacional Privado pueden aportar soluciones a la problemática de la contratación electrónica?
- ¿Aquéllos son aplicables pero con ciertas correcciones, adaptándolos a esta nueva modalidad contractual?
- ¿O debe crearse un nuevo sistema, original para regular los conflictos en materia contractual en el espacio virtual?

- ¿Existen principios jurídicos comunes en la materia compartidos por las legislaciones de los Estados Miembros del Mercosur?
- ¿Cuáles serían las técnicas de armonización legislativa apropiadas según el área a armonizar y las particularidades del espacio integrado: coordinación, aproximación, armonía legislativa, o uniformidad legislativa?
- ¿Cuáles serían los obstáculos más relevantes que se opondrían a la armonización legislativa en esta materia?

HIPÓTESIS PRINCIPAL

La contratación electrónica es un área pertinente de armonización legislativa en los términos del art. 1° del Tratado de Asunción en tanto incide de manera directa en el desarrollo económico y social del **MERCOSUR.**

HIPÓTESIS SECUNDARIAS

- Los criterios tradicionales adoptados por el Derecho Internacional Privado sobre contratos internacionales, en principio, proporcionan vías de solución idóneas en materia de contratación electrónica internacional
- En materia de derecho aplicable a los contratos electrónicos, la creación de un sistema de reglas nuevas, propias del espacio virtual, una suerte de "*lex electronica*" es una fuente de incertidumbre, imprevisibilidad e inseguridad jurídica para los operadores del comercio internacional electrónico.
- En relación con la jurisdicción internacional en materia de contratos electrónicos, la prórroga a favor de tribunales arbitrales resulta una alternativa viable y eficaz.

MARCO TEÓRICO

La temática propuesta se desarrollará teniendo en cuenta las teorías, los principios, las reglas, los criterios propios del **Derecho Internacional Privado** y en particular dentro de la disciplina, del **Derecho Comercial Internacional**. Las soluciones del Derecho Internacional Privado se revelan como eficientes dado que no generan costos de transacción ni conducen a largos procesos para resolver las cuestiones de derecho aplicable y jurisdicción competente al cual ajustar la resolución de las desavenencias.

El **MARCO TEÓRICO** adoptado nos permite definir los términos empleados en el título y en las hipótesis del presente plan de trabajo:

- **ARMONIZACION LEGISLATIVA:** Proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas.

- **PERTINENCIA Y OPORTUNIDAD DEL AREA A ARMONIZAR:** La pertinencia se vincula con la necesidad para el logro de los objetivos perseguidos. En el Informe Spaak, que debe su nombre a quien fuera el Ministro de Relaciones de Bélgica quien presidió el Comité intergubernamental encargado de elaborar el informe que desencadenó las negociaciones entre los Estados Miembros de la CECA, se aludió a esta cuestión diciendo que: "...la armonización o una mayor aproximación de las legislaciones nacionales en el conjunto de ámbitos cubiertos por la Unión Europea, en la medida que esto sea necesario dentro del marco de la consecución de los objetivos de ésta".

- **CONTRATOS INTERNACIONALES:** Se entiende por tal a aquel que, sea en su conformación, desarrollo o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado.
- **CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES O CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL:** Se entiende por tal aquel contrato internacional que se celebra mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos.

- **LEY APLICABLE:** Se refiere tanto a la ley aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia, como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido.
- **LEX MERCATORIA:** Conjunto de usos, costumbres principios desarrollados por los operadores de los negocios internacionales sin la intervención del poder legislativo de los Estados. Su función reside en servir como interpretación, como complemento de los derechos nacionales aplicables.
- **LEX ELECTRONICA:** Se entiende por tal al conjunto de usos, costumbres, principios del comercio internacional electrónico.

- **JURISDICCIÓN INTERNACIONAL:** Se entiende por tal a una noción comprensiva de varios aspectos: a) el poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida (jurisdicción directa), b) el poder de un tribunal extranjero de producir un fallo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en otros (jurisdicción indirecta) y c) la prórroga de jurisdicción, ya sea a favor de tribunales judiciales o arbitrales.
- **ARBITRAJE INTERNACIONAL:** Se entiende por tal al método heterónomo y privado de solución de controversias que exceden las fronteras de un Estado.

INTRODUCCIÓN A LA INTEGRACIÓN REGIONAL: MERCOSUR

Mercado Común del Sur o **Mercosur** es un **bloque comercial** cuyos propósitos son promover el libre intercambio y movimiento de bienes, personas y capital entre los países que lo integran, y avanzar a una mayor integración política y cultural entre sus países miembros y asociados.

Sus estados miembros son **Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Venezuela**, que firmó su adhesión el 17 de junio de 2006, aún no es miembro de pleno derecho, a la espera de que los senados brasileño y paraguayo aprueben dicha solicitud. **Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú** tienen status de estado asociado.

La tendencia regional es hacia la integración y la cooperación comercial pragmática, especialmente en el sector energético

Los países miembros consideran que su fecha de creación fue el 30 de noviembre de 1985, fecha de la **Declaración de Foz de Iguazú** que puso en marcha el proceso. Sin embargo, el nombre le fue asignado el 26 de marzo de **1991** por el Tratado de Asunción, en tanto que su existencia como persona jurídica de Derecho Internacional fue decidida en el **Protocolo de Ouro Preto**, firmado el 16 de diciembre de 1994, pero que recién entró en vigencia el 15 de diciembre de **1995.**

El Protocolo de Ouro Preto estableció un arancel externo común y desde 1999 existe una zona libre de aranceles entre sus integrantes con la sola excepción del azúcar y el sector automotriz. La Unión Aduanera se encuentra aún en proceso de construcción. El Mercosur es el mayor productor de alimentos del mundo.

Idiomas oficiales	español, portugués y guaraní
Estados miembros	Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela
Estados asociados	Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú
Estados observadores	México

Sede Permanente	Montevideo, Uruguay
Superficie ▪ Total	Puesto 2º[1] *ca.* 13.000.000 km²
Población ▪ Total (2006)	Puesto 4º[1] 232,9 millones
PIB a PPA ▪ Total (2006) ▪ Per cápita (2006)	Puesto 6º[1] U$S 2.548.723 mill. U$S 9.688

1991-1995

El 26 de marzo de 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firman el Tratado de Asunción, que adopta el nombre *Mercosur*, le da una estructura institucional básica y establece un area de libre comercio entre tales paises.

En junio de 1992, se estableció el cronograma definitivo hacia la constitución del mercado común.

El 17 de diciembre de 1994 se firmó el Protocolo de Ouro Preto .

2004

En diciembre de 2004, en la Cumbre de Presidentes de Ouro Preto:

se estableció el ***Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur*** (FOCEM) (Decisión CMC Nº 45/04), con el fin de financiar programas de convergencia estructural, competitividad, cohesión social, e infraestructura institucional;

se creó el *Grupo de Alto Nivel* (GAN) para la formulación de una Estrategia MERCOSUR de Crecimiento del Empleo (Grupo de Alto Nivel para el Empleo);

se encomendó a la Comisión Parlamentaria Conjunta la redacción de una propuesta de Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur.

2005

El 6 de julio de 2005 se firmó el Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del Mercosur.

En la Cumbre de Presidentes de Montevideo de diciembre de 2005, se creó el Parlamento del Mercosur que deberá ponerse en funcionamiento antes del 31 de diciembre de 2006.

2006

En la Cumbre de Presidentes de Córdoba del 20 al 22 de julio de 2006:

se integró Venezuela como miembro pleno del Mercosur;

se aprobó la **Estrategia Mercosur de Crecimiento del Empleo** (Decisión CMC Nº 04/06);

se creó el **Observatorio de la Democracia del Mercosur** (Decisión 24/06);

se estableció que Argentina será sede permanente del Mercosur Cultural;

El 21 de diciembre de 2006 Bolivia pidió su ingreso al Mercosur como Estado parte. Por Decisión CMC 35/2006 se incorporó al Guaraní como uno de los idiomas del Mercosur.

Estructura jurídica del Mercosur

El Mercosur funciona con una estructura jurídica en la que se combinan los clásicos tratados, protocolos y declaraciones del Derecho Internacional, con normas propias obligatorias dictadas por los órganos decisorios del bloque, recomendaciones no obligatorias dictadas por los órganos auxiliares, e incluso acuerdos de concertación social regional.

El Mercosur posee tres *organismos decisorios*:

- el **Consejo del Mercado Común** (CMC), su órgano supremo, que dicta *Decisiones*;
- el **Grupo Mercado Común (GMC)** que dicta *Resoluciones*;
- la **Comisión de Comercio del Mercosur** (CCM), dicta *Directivas*.

Tratados y protocolos

Las normas de importancia extraordinaria para el Mercosur, se realizan como tratados internacionales y por lo tanto necesitan ser ratificados por los Estados partes. Toman la forma de protocolos complementarios del **Tratado de Asunción**, que constituye la norma institucional básica del Mercosur.

Internalización de las normas de derecho derivado del Mercosur

El modo en que se logra la aplicación efectiva de las decisiones, resoluciones y directivas del Mercosur como derecho interno de cada país, y el rango jurídico que ellas ocupan frente a las normas nacionales, ha generado un problema específico conocido con el nombre de "internalización" de las normas supranacionales.

Importancia económica

Creado para facilitar el comercio entre Argentina, Brasil Paraguay y Uruguay el valor en el interior del Mercosur pasó en 16 años de u$s 4.000millones a u$s 30.000 millones. Sin embargo los participantes no tienen las mismas visiones ni intereses.

La idea central hoy es que sólo los vastos espacios económicos están llamados a la prosperidad, la instauración de una política comercial permitirá eliminar progresivamente las discriminaciones los monopolios definir las reglas de concurrencia, aproximar las legislaciones fiscales y sociales, para permitir poco a poco la libre circulación de productos, de trabajadores y de capitales.

Democracia y Mercosur

El modelo de integración propuesto en los 90 privilegiaba los intercambios comerciales, especialmente a través de la una unión aduanera.

No existe en este formato la capacidad de articular estructuras productivas, profundizar la alianza geopolítica y mucho menos un espacio para la participación efectiva de los representantes de la sociedad civil.

En la cumbre de principios de 2006 en Córdoba, se dio el primer paso para lograr una mayor participación ciudadana dentro de los órganos institucionales del bloque, con un proceso incipiente no se puede evaluar aún el tipo de participación que se introduce en el Mercosur.

La representación de sindicatos, pequeñas y medianas empresas agricultura familiar, cooperativas, organizaciones de género, ambiente, juventud, son protagonistas de un diálogo nunca visto antes.

INTRODUCCIÓN AL COMERCIO ELECTRÓNICO

CONCEPCIONES

Encontramos concepciones más amplias y más restringidas:

- **Sentido Amplio**: Hacer negocios electrónicamente.

- **Sentido restringido:** Así lo conciben los principales organismos y foros internacionales que trabajan sobre el tema (Ej. OMC, OCDE, EITO; COMISION EUROPEA, UNCITRAL, etc).

CONCEPCIÓN AMPLIA

- Comercio electrónico es hacer negocios electrónicamente.
- Comercio electrónico son todas las formas de transacciones comerciales que se basen en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados.
- Comercio electrónico es la capacidad para compradores y vendedores de conducir negocios y/o intercambiar informaciones en tiempo real en interacciones humanas.

Estas definiciones son muy amplias porque abarcan toda clase de transacciones electrónicas comerciales, incluyendo transferencias de fondos electrónicos, pagos con tarjeta de crédito, y también las actividades de la infraestructura que apoyan estas transacciones. No obstante de que se las critica por esa desmedida amplitud, se lo hace fundamentalmente porque no reconocen las nuevas formas de comercio electrónico, es decir, las transacciones comerciales realizadas a través de redes abiertas (Internet), limitándose a las transacciones electrónicas en sí mismas, sin referirse también al espíritu de esta clase de negocios (ciberespacio, mercado virtual, entre otros).

CONCEPCIÓN RESTRINGIDA

Dentro de este grupo tenemos a las definiciones propuestas por las más importantes instituciones y foros de negocios internacionales:

- La **Organización Mundial del Comercio,** ha adelantado su posible definición: "El comercio electrónico comprende aquellos productos que son comprados y pagados en Internet pero son entregados físicamente, y productos que son entregados bajo la forma de información digitalizada sobre Internet"
- La **Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE),** propone la siguiente definición: "el término comercio electrónico refiere generalmente a transacciones comerciales, envolviendo organizaciones e individuos, basadas en el proceso y transmisión de datos digitalizados, incluyendo texto, sonido e imágenes visuales y que son transmitidas por redes abiertas (como Internet) o cerradas (como es el caso de AOL o Minitel)".
- El **observatorio Europeo de tecnologías de la información (EITO),** propuso en 1997 la siguiente definición: "El comercio electrónico es la conducción de asuntos que implican un cambio de valor a través de las redes de telecomunicaciones".

■ La **Comisión Europea** en 1997 propuso la siguiente definición: “Comercio electrónico es aquel que permite hacer los negocios electrónicamente y está fundado sobre el tratamiento electrónico y la transmisión de datos, comprendiendo textos, sonidos y video. Cubre actividades múltiples y diversas, correspondiendo al comercio de bienes y servicios, la liberación en línea de informaciones numéricas, transferencias electrónicas de fondos, actividades bursátiles electrónicas, transferencia de conocimientos electrónicos, subastas comerciales, concepción y elaboración en ingeniería, mercados en línea, mercados públicos, venta directa a los consumidores y la prestación de servicios postventa. Concierne tanto a los productos (bienes de consumo, equipo médico especializado, por ejemplo) como a los servicios (servicios de información, servicios financieros, entre otros), las actividades tradicionales. (servicios de salud, enseñanza) y actividades nuevas (centros comerciales virtuales, por ejemplo)".

De lo dicho se puede llegar a una **construcción tentativa de una definición de comercio electrónico** como *"aquella modalidad de comercio en la que la mediación entre la oferta y la demanda y el perfeccionamiento de las transacciones entre ellas se realiza a través de medios digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, en un mercado virtual que no posee límites geográficos (fronteras) ni temporales y no tiene una ubicación determinada, por que se encuentra en el ciberespacio".*

NORMATIVA

A nivel internacional:

•Existe una Convención internacional sobre Utilización de las comunicaciones electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005, elaborada por UNCITRAL (en el Mercosur sólo la suscribió PARAGUAY. No está en vigencia aún)

A nivel interno:

•Dos Proyectos de Ley en Argentina: VANOSSI y CAPITANICH que tratan el comercio electrónico.

•Brasil también tiene un proyecto de ley cuyo objetivo es regular la validez y el valor probatorio del documento electrónico y la firma digital.

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL ELECTRÓNICA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CONTRATO INTERNACIONAL

- Aquel que, sea desde su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos objetivamente relevantes desde la mira de un sistema jurídico determinado.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

•Se entiende por tal aquel contrato internacional que se celebra mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos.

LEY APLICABLE

Dos posturas:

Se distinguen dos posturas predominantes acerca del modo de regular las desavenencias surgidas por el uso de Internet:

• Opta por la **creación de una normativa material específica**, ad hoc, que según sus defensores se justifica ante la obsolescencia del derecho tradicional (autorregulación: **lex electronica**)

• Acude a las **reglas de Derecho Internacional Privado** dada su probada eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y así poder solucionar problemas que no son nuevos, sino que solamente se presentan con un ropaje tecnológico novedoso.

Ley aplicable a los contratos internacionales

Dos supuestos:

- **1) Las partes, por cualquier motivo, no acordaron la ley aplicable.** Así, para saber qué ley gobierna ese contrato debemos recurrir a las normas de derecho internacional privado.
- **2) Las partes acordaron la ley aplicable por la que van a regir el contrato.** Aparece aquí el principio de la **Autonomía de la voluntad.**

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

- **TEORIAS**:
- Afirmatorias
- Negatorias

- **CRITERIOS**
- Absoluto
- Restringido

CRITERIOS

- ABSOLUTO: En una primera etapa, se consideraba al principio como ilimitado. Las partes pueden elegir cualquier ley reguladora, porque su voluntad es soberana.

- RESTRINGIDO: El principio reconoce ciertos límites:

1. Orden público internacional
2. Fraude a la ley
3. Internacionalidad objetiva
4. Número de leyes
5. Oportunidad o tiempo de elección
6. Elección de ley entre las jurídicamente interesadas
7. Catálogo ofrecido por el legislador
8. Rechazo del reenvío
9. Tutela de los débiles jurídicos
10. Normas de policía

LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

- ***Criterios:*** Los puntos de conexión elegidos por el legislador para regular los contratos internacionales, pueden ser varios y con diferentes características:
- ***Rígidos*** (Ej. lugar de ejecución, lugar de celebración);
- ***Flexibles*** (Ej. proper law of the contract) o,
- ***Intermedios*** (Ej. Cuando el legislador da pautas para determinar la ley aplicable, como en la Convención de Roma de 1980).

LEX INFORMATICA O LEX ELECTRONICA

Consideramos que la lex electronica, así como la *lex mercatoria* **no es un sistema jurídico**, es decir un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente. Por lo tanto, **proponemos** que sea considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales.

SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO:

FUENTE INTERNA

- **Código Civil: Regula el tema en los arts. 1205 a 1214. Establece las siguientes reglas:**
- Si el contrato fue hecho fuera de la República, se rige por la ***ley del lugar de su celebración (art. 1205)***. Se exceptúan los contratos inmorales (1206) y aquellos que se hicieron para violar las leyes de la República (1207). Las excepciones serían, entonces, el orden público internacional y el fraude.
- Si el contrato fue celebrado en la República o fuera de ella pero para ser ejecutado en la Argentina, se rige por la ***ley del lugar de su ejecución (art. 1209)*****.** Se exceptúan los hechos en la República para violar leyes extranjeras (1208). Igual principio rige para aquellos contratos celebrados en la República para ser cumplidos fuera de ella (1210).
- **Facultad de elegir la ley aplicable:** El Código nada dice.

SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO: FUENTE CONVENCIONAL

- ***<u>Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940:</u>***

- Ambos someten el contrato a la ley del lugar donde los mismos deben ser cumplidos y si éste no pudiera determinarse con las pautas que brinda el propio Tratado, se aplica la ley del lugar de su conclusión (arts. 32 y 33 del TM 1889 y 36 y 37 del TM 1940).
- Con relación a la autonomía de la voluntad, el TM 1889 guarda silencio al respecto mientras que el TM 1940 expresamente la rechaza (art. 5 del Protocolo Adicional).

- ***<u>Otras Convenciones Internacionales:</u>***

CIDIP V (México 1994) *No ratificada por Argentina. Fue ratificada por México y Venezuela.*

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La denominada jurisdicción internacional es una noción comprensiva de varios aspectos:

- ❖El poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida **(jurisdicción directa).**
- ❖La **prórroga de jurisdicción**, ya sea a favor de tribunales judiciales o arbitrales.
- ❖El poder de un tribunal extranjero de producir un fallo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en otros **(jurisdicción indirecta).**

JURISDICCIÓN DIRECTA

En lo que respecta a la **jurisdicción directa**, a fin de utilizar los criterios tradiciones en la materia: domicilio del demandado y lugar de cumplimiento del contrato, deberán redefinirse estas nociones para que puedan ser aplicadas sin dificultades en el espacio virtual.

DERECHO ARGENTINO

- En el **Derecho Argentino de fuente interna** encontramos los **artículos 1215 y 1216** del Código Civil que en materia contractual consagran como foros alternativos los tribunales del domicilio de demandado o los del lugar de ejecución del contrato.

- Los **Tratados de Montevideo** establecen la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato.

- El **Protocolo de Buenos Aires de 1994** sobre jurisdicción internacional en materia contractual, en el marco del MERCOSUR, establece la jurisdicción de los tribunales del Estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del Estado del domicilio del demandado o bien el tribunal del Estado de domicilio del actor, si éste prueba que cumplió con la obligación a su cargo. Esta última posibilidad ya había sido consagrada por nuestra jurisprudencia en el célebre caso "Espósito e Hijos S.R.L. c/ Jocqueville de Vieu", de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 10 de octubre de 1985.

PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN

La **cláusula de elección de foro** en la contratación electrónica puede resultar un mecanismo de gran utilidad para las partes ya que les permitirá disipar la incertidumbre que les produce desconocer el juez competente en caso de que surja una controversia entre ellas.

Ahora bien, la validez y eficacia de estas cláusulas dependerán, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos nacionales, de fuente interna y convencional.

VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ELECCION DE JURISDICCION

❖Se consolida la doctrina que se inclina por la validez de las cláusulas de elección de jurisdicción aceptada mediante click-wrap por la pulsación o cliqueo del ratón de la computadora.

❖Salvo dolo o de un poder de negociación desmesurado o cuando su ejecución implica la violación de políticas públicas esenciales.

DERECHO ARGENTINO

- En lo que concierne al **régimen argentino**, tratándose en definitiva de materia netamente contractual, la prórroga de jurisdicción es admisible cumpliéndose los requisitos establecidos por el **artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, es decir: 1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional y 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, 4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

- Por su lado, si bien los **Tratados de Montevideo** también admiten la prórroga de jurisdicción, sólo podrá celebrarse una vez surgida la controversia *(post litem*).

- En cambio, el **Protocolo de Buenos Aires** admite la prórroga pactada antes, durante o después del estallido de la controversia, siempre que conste por escrito.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS

También en este aspecto el principal interrogante es: **¿las reglas tradicionales tanto de fuente interna como convencional en materia de reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias extranjeras son adecuadas para el ciberespacio?.**

DERECHO ARGENTINO

•**FUENTE INTERNA**: los artículos 517 a 519 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

•**FUENTE CONVENCIONAL**:

-el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889,

-el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940,

-la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias y Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958;

-la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979; y

-en el marco del MERCOSUR, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR de Las Leñas de 1992 (aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 5/92).

SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

❖ **UNIÓN EUROPEA:**

Reglamento (CE) Nº 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas): tiene por finalidad tomar en cuenta la especificidad del comercio electrónico en materia de competencia judicial y reconocimiento de decisiones civiles y comerciales

Si bien exige en su artículo 23.1 que el acuerdo atributivo de competencia conste por escrito o que exista una confirmación escrita de un acuerdo verbal, ha introducido un segundo apartado en la misma disposición, según el cual ***"se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero"***

❖ DERECHO NORTEAMERICANO:

Jurisprudencialmente se conoce el concepto de "**purposeful availment" ("aprovechamiento buscado")** con el objeto de evitar que ciertos estatutos "de largo alcance" (long-arm statutes) no violen la cláusula de "Proceso Debido" (Due Process clause) de la Quinta Enmienda a la Constitución de dicho país al establecer jurisdicción personal específica mediante la existencia de **"contactos mínimos"** con el estado del foro.

ARBITRAJE ON LINE O CIBERARBITRAJE

Las partes, en cambio de prorrogar la jurisdicción a favor de tribunales judiciales, pueden optar por resolver sus controversias a través del **arbitraje comercial internacional**. Para ello, celebrarán una cláusula arbitral, cuya validez dependerá en última instancia de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos nacionales.

La prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en una doble posibilidad: el **arbitraje tradicional** y el denominado **ciberarbitraje o arbitraje on line**. Acerca de esta última alternativa se ha alegado en su favor el ahorro de gastos, la innecesariedad de trasladarse y la celeridad del procedimiento.

CENTROS DE ARBITRAJE ON LINE

Existen múltiples centros o instituciones de arbitraje on line, con diversos alcances. Entre ellos podemos mencionar:

•"Online Ombuds Office " creado en 1996 por iniciativa de la universidad de Massachussets;
•el proyecto del "*CyberTribunal* “, lanzado en 1998 por el Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Facultad de Derecho de l'Université de Montreal,
•el "Proyecto Magistrado Virtual”, en Pittsburgh, auspiciado por el National Center for Automated Information Research, la American Arbitration Asociation y el Villanova Center for information law and policy,
•la Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) de la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN),
•el National Arbitration Forum,
•E-resolution,

•CPR Institute for Dispute Resolution,
•la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR),
•Cibertribunal peruano,
•Asociación Española de Arbitraje Tecnológico (ARBITEC),
•CyberCMAP (Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris),
•Internet Arbitrator;
•Global Arbitration and Mediation Association (G.A.M.A.);
•Better Business Bureau Online,
•CyberSettle,
•iCourthouse,
•Internet Ombudsman,
•Mediation Arbitration Resolution Services,
•Résolution électronique des disputes commerciales (ECODIR),
•Resolution Forum,
•European Advertising Standards Alliance (EASA),
•el Centro de Arbitraje en línea auspiciado por la Cavecom-e (Cámara Venezolana de Comercio Electrónico), entre otros.

DERECHO ARGENTINO

•**FUENTE INTERNA:** Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

•**FUENTE CONVENCIONAL**

-Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

-Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975)

-Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979)

-Convención de Nueva York en materia de Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958)

-Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción contractual internacional (1994)

-Acuerdos de Arbitraje Comercial del MERCOSUR (1998)

ALGUNAS REALIZACIONES DE LOS FOROS INTERNACIONALES

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

OECD

La **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE),** es una de las organizaciones internacionales más activas en la promoción del comercio electrónico, intentando generar confianza y reducir incertidumbre en la legislación, en el sentido de promover la colaboración internacional para minimizar las diferencias entre países en el marco legal del comercio electrónico, incluyendo impuestos, aranceles y derechos de propiedad intelectual.

La **Cámara de Comercio Internacional (CCI)** tiene en marcha el Proyecto ECP (Electronic Commerce Project), cuyo objetivo es definir buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas. Incluye tres grupos de trabajo, uno, sobre prácticas de comercio electrónico, que debe elaborar un marco regulador para los pagos del comercio electrónico; el segundo, de seguridad de la información, que ha elaborado un conjunto de directrices, tituladas General Usage in International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC), para aumentar la capacidad de los comerciantes internacionales de ejecutar transacciones seguras; el tercero, de términos electrónicos, que está elaborando un nuevo servicio de la CCI, que ofrecerá un depósito central para los términos jurídicos aplicables a las transacciones electrónicas.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO),** mantiene un servidor web sobre comercio electrónico e impulsa los convenios internacionales en esta materia.

La **Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado** ha organizado diversas conferencias y mesas redondas desde fines de la década del noventa sobre comercio electrónico y derecho internacional privado a fin de analizar los múltiples aspectos que aquél presenta y su incidencia en las normas de nuestra disciplina

En la **VI Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VI - 2002)** se adoptó una resolución a través de la cual se recomienda a los Estados Miembros de la OEA adoptar la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y la de Firmas Digitales. Asimismo, en dicha conferencia se aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias que contempla el uso de documentos y firmas electrónicas.

A su turno, para la **CIDIP VII** se elaboró una lista provisional de cuatro temas: Protección al Consumidor, Comercio electrónico, Jurisdicción internacional y Responsabilidad Extracontractual. El tema del Comercio electrónico fue propuesto por las delegaciones de Brasil, México, Uruguay, Estados Unidos, Chile y Perú. Dentro de este contexto, se sugirió la elaboración de dos posibles instrumentos interamericanos, uno sobre Títulos Valores y otro sobre Registros Electrónicos. Finalmente los temas que han sido seleccionados son: a) Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo); y b) Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Para CIDIPs futuras quedaron en agenda dos temas: Comercio electrónico y Responsabilidad civil.

La **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional** (CNUDMI/UNCITRAL) ya en el año 1985 había adoptado una **Recomendación sobre el Valor Jurídico de los Registros Computarizados**. Asimismo, elaboró las **leyes modelos sobre comercio electrónico (1996) y firmas electrónicas (2001)** y recientemente, la **Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005).**

RECOMENDACIÓN SOBRE EL VALOR JURÍDICO DE LA DOCUMENTACIÓN INFORMÁTICA DE 1985

En 1985, la CNUDMI aprobó una recomendación dirigida a las autoridades públicas y a las organizaciones internacionales que trabajaran en la preparación de textos jurídicos reguladores del comercio por la que se sugería que se revisara la normativa aplicable, en el ámbito de su respectiva competencia, al procesamiento automático de datos con miras a eliminar todo obstáculo innecesario que dificultara el empleo del procesamiento automático de datos en el comercio internacional.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO DE 1996

Esta Ley Modelo parte de la observación del número creciente de transacciones comerciales internacionales que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan el papel. En su introducción estima que la aprobación de la Ley Modelo (se aprobó en junio de 1996) ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de estos métodos o a prepararla, en los casos en que carezcan de ella.

Textos legislativos fundados en la Ley Modelo sobre Comercio electrónico han sido adoptados en África del Sud (2002), Australia (1999), China (2004), Colombia (1999), Ecuador (2002), Francia (2000), India (2000), Irlanda (2000), Jordania (2001), Mexico (2000), Nueva Zelanda (2002), Pakistán (2002), Panamá (2001), Filipinas (2000), República de Corea (1999), República Dominicana (2002), Singapur (1998), Eslovenia (2000), Sri Lanka (2006), Tailandia (2002), **Venezuela** (2001) y Vietnam (2005), entre otros..

También se han sancionado leyes inspiradas en las principios de esta ley modelo en Estados Unidos (Uniform Electronic Transactions Act adoptada en 1999 por la Conferencia nacional de comisiones de juristas sobre la uniformización de las legislaciones de los Estados), en Canadá (Loi uniforme sur le commerce électronique adoptada en 1999 por la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada) y en Québec (2001).

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE FIRMAS ELECTRÓNICAS DE 2001

Aprobada por la CNUDMI el 5 de julio de 2001, esta Ley Modelo tiene por finalidad dotar de mayor certeza jurídica al empleo de la firma electrónica. Basándose en el principio flexible que se enuncia en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, establece la presunción de que toda firma electrónica que cumpla con ciertos criterios de fiabilidad técnica será equiparable a la firma manuscrita. La Ley Modelo adopta un criterio de neutralidad tecnológica para no favorecer el recurso a ningún producto técnico en particular.

China (2004), México (2003), Tailandia (2001) y Vietnam (2005) han promulgado legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

LA CONVENCIÓN SOBRE UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES de 2005

El 23 de noviembre del 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la **Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales**, pidiendo al Secretario General que la declare abierta a la firma, para finalmente hacer un llamamiento a todos los gobiernos para que consideren la posibilidad de hacerse partes de la Convención.

Se encuentra abierta a la firma de todos los Estados en Nueva York a partir del 16 de enero del 2006 hasta el 16 de enero del 2008.

Hasta el presente, han firmado la Convención:República Central Africana, China, Líbano, Madagascar, **Paraguay**, Federación Rusa, Senegal, Sierra Leona, Singapur y Sri Lanka

La Convención tiene la finalidad de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales. En la Convención se regula la determinación de la ubicación de la parte en un entorno electrónico; el momento y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas; la utilización de sistemas de mensajes automatizados para la formación de contratos; y los criterios a que debe recurrirse para establecer la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, incluidos los documentos sobre papel "originales", así como entre los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas.

Cuenta con veinticinco artículos, reunidos en cuatro capítulos:

- el Capítulo I, legisla acerca de la Esfera de aplicación, (artículos 1 al 3 inclusive);
- el Capítulo II, sobre Disposiciones Generales (artículos 4 al 7);
- el Capítulo III, sobre Utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, (artículos 8 a 14), y
- el Capítulo IV, sobre las Disposiciones Finales, (artículos 15 a 25 inclusive).

REALIZACIONES EN LA UE

Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información

- El 8 de junio de 2000 la UE aprobó la **Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en especial el comercio electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento).**
- La norma comunitaria procura evitar obstáculos a la contratación por medios electrónicos, equiparando en cuanto a su validez a esta nueva modalidad con las tradicionales.
- Esta Directiva 2000/31/CE complementa a la **Directiva sobre firma electrónica** que reconoce igual validez a la firma electrónica que a la manuscrita.
- Su objetivo no es lograr una uniformidad del derecho en la materia sino crear un **marco general de tipo flexible**. En efecto, los Estados miembros gozan de una gran libertad de transposición de esta Directiva.
- La propia norma comunitaria en su artículo 1.4 aclara que no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia.

- El artículo 2° inciso c define al **prestador de servicios** establecido como "el prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado". Y agrega: "la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios".

- La Directiva opta por la norma del país de origen o **"cláusula del mercado interior".** En efecto, el artículo 3° dispone que los prestadores de servicios de la información se someten a la legislación del Estado miembro donde están establecidos. Sin embargo, esta regla tiene excepciones. La Directiva no se aplica a ciertos ámbitos específicos como derechos de autor y contratos de consumidores.

- **En lo que respecta específicamente a los contratos electrónicos** (Sección 3), obliga a los Estados Miembros a velar por que la legislación permita la celebración de contratos de este tipo. Es decir que, entre otras cosas, los Estados están obligados a eliminar de sus normativas internas disposiciones que exigen para la validez del contrato la forma escrita y la firma manuscrita.
- **En materia de resolución de controversias**, la normativa de la UE dispone que los Estados Miembros deben velar para que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de controversias

NORMATIVA EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

REPUBLICA ARGENTINA

Nuestro país carece al presente, de una normativa jurídica orgánica con relación al comercio electrónico y el formato digital para la celebración de actos jurídicos.

Existen sin embargo, normas en aspectos particulares.

Libertad de Contenidos

- Decreto 1279/97 - Libertad de Contenidos

- Ley 26032 del 16.06.2005 - Establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Firma Digital

- Resolución 45/97 - Autoriza uso de Firma Digital en el Sector Público
- Decreto 427/98 - Régimen de Firma Digital para el Sector Público
- Resolución 194/98 - Aprueba estándares Infraestructura Firma Digital Sector Público
- Resolución 212/98 - Aprueba política de certificación de firma digital Sector Público
- Ley 25506 de Firma Digital
- Decreto 2628/2002 - Reglamenta Ley 25506 de Firma Digital

- Decreto 283/2003 - Autoriza transitoriamente a la Oficina Nacional de Tecnologías Informáticas a proveer certificados digitales
- Decreto 1028/2003 - Disuelve el Ente Administrador de Firma Digital creado por el Decreto Nº 2628/ 2002, y asigna esas funciones a la Oficina Nacional de Tecnologías de Información de la Subsecretaría de la Gestión Pública
- Decreto 724/2006 - Modifícase la reglamentación de la Ley Nº 25.506
- Decisión Administrativa 6/2007 estableciendo el marco normativo de firma digital aplicable al otorgamiento y revocación de las licencias a los certificadores que asi lo soliciten
- Anexos de la Decisión Administrativa 6/2007

Dominios de Internet

- Resolución 2226/2000 - MRE - Registro Dominio Internet
- Acta de Modificación Reglas NIC-Argentina del 29.10.2001
- En Abril de 2005 NIC-Argentina informó que a partir del 1° de junio de 2005 comenzaría regir el artículo 5to. de la normativa, referido a la validez anual y posibilidad de renovación de los nombres de dominios registrados en NIC Argentina

Proveedores de Servicios de Internet

- Ley 25.690 – Obligaciones de las Empresas ISP de ofrecer software de protección que impida al acceso a sitios específicos
- Ley 25873 - Sobre prestadores de servicios de telecomunicación
- Decreto 1563/2004
- Decreto 357/2005 (B.O. 25.04.2005) Suspende la aplicación del Decreto 1563.

Consumidor

Resolución 104/05 - SCT (Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación) que incorpora la **Resolución MERCOSUR** relativa al Derecho de Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales efectuadas a través de Internet

BRASIL

- Decreto 3587 - Infraestructura de Clave Pública del Poder Ejecutivo Federal de Brasil
- Medida Provisória Nº 2.200-2 de 2001 - Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Regula a certificação eletrônica e a assinatura digital, conferindo autenticidade, integridade e validade jurídica aos documentos eletrônicos
- Portaria Interministerial MC/MCT No 147 de 1995 - Cria o Comitê Gestor Internet do Brasil (CGIbr)

- Comitê Gestor da Internet no Brasil - Resolução Nº 001 - O documento é um resumo das regras atualmente adotadas pelo Registro.br para o registro de domínios no país, bem como as normas para a cobrança e pagamento das taxas.
- Anexo I - Especifica as regras sobre a criação e registro de um nome de domínio, quem pode registrar e detalhes sobre o preenchimento do formulário do Registro.br para o registro.
- Anexo II - Especifica quais os Domínios de Primeiro Nível existentes hoje na Internet brasileira.
- Comitê Gestor da Internet no Brasil - Resolução Nº 002 - Delega à FAPESP as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços IPs e sua manutenção na Internet.

- Lei sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador Nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.
- Resolução Nº 58/98 de 14 de julho de 1998. Estabelece normas e procedimentos relativos ao registro de programas de computador
- Resolução INPI Nº 59/98, de 14 de julho de 1999. Estabelece os valoresdas retribuições pelos serviços de registro de programas de computador
- Lei Nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998. Dispoe sobre a criaçao de “homepage” na “Internet” pelo Tribunal de Contas da Uniao, para divulgaçao dos dados e informaçoes que especifica, e dá outras providencias. Publicada no DOU de 17.12.1998.
- Lei Nº 9.800 de 26 de maio 1999. Permite as partes a utilização de sistema de transmissao de dados para a prática de atos processuais. (Publicada no DOU de 27 de maio de 1999).

- Lei sobre software livre do mundo, aprovada en Recife (Pernambuco) em 22 de março de 2000.
- Lei Nº 2.572 de Segurança da Tecnologia da Informação de 20.07.2000
- Lei Nº 9.998, de 17 de agosto de 2000. Institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações.
- Lei Nº 10.176, de 11 janeiro 2001. Altera a Lei Nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, dispondo sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologia da informação.
- Lei Nº 16.639/2001 utilizáção preferencial de software livre pelo municipio de recife de 16 abril de 2.001.
- Decreto Nº 4.829, de 3 de setembro de 2003 . Dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil . CGIbr, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil, e dá outras providências.

- Lei Nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).
- Lei Nº 11.341, de 7 de agosto de 2006. Altera o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial. (Publicado no D.O.U. de 8.8.2006).
- Lei Nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil; e dá outras providências. (Publicado no DOU de 20.12.2006)

PARAGUAY

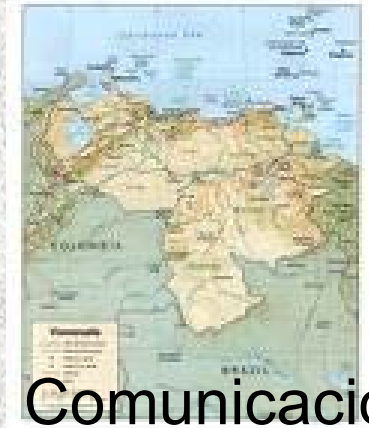
Paraguay **no** tiene normas específicas sobre comercio electrónico. Sin embargo, vinculadas a la materia, están en vigor las siguientes leyes:

- Ley de Defensa del Consumidor
- Leyes de Defensa de la Propiedad Intelectual
- Ley de Telecomunicaciones que regula la infraestructura de internet, no los contenidos.
- Ley de Bancos y Entidades financieras, que regula las operaciones financieras de todo tipo.
- Ley de Ciencias y Tecnologías
- Ley de Protección de datos

URUGUAY

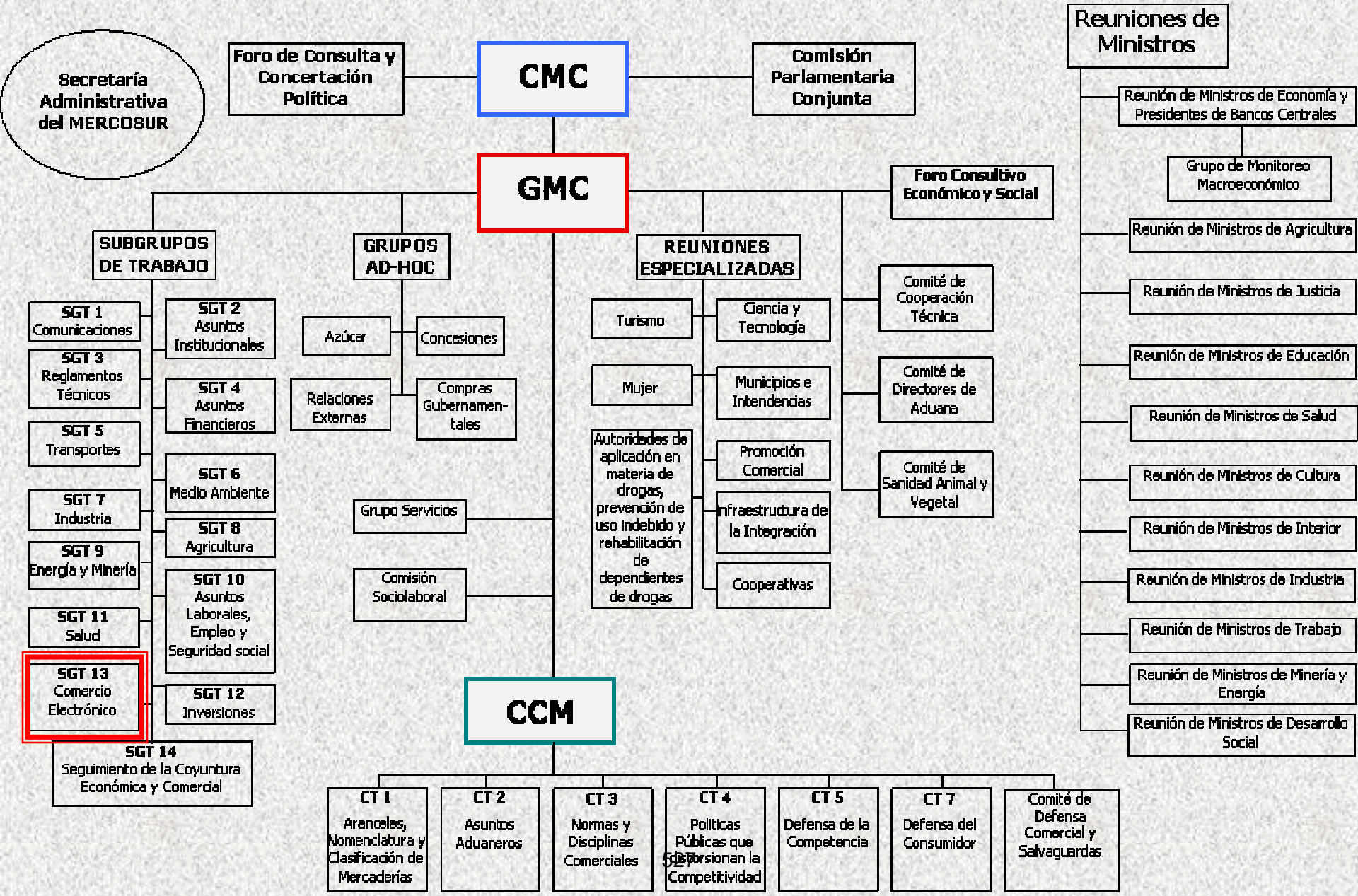
- Ley 16.002 de 25 de noviembre de 1988 (Documento electrónico).
- Ley 16.736 de 5 de enero de 1996. (Expediente electrónico)
- Decreto 65/98 (sobre expediente electrónico)
- Ley 17.243 de 29 de junio de 2000 sobre Servicios Públicos y Privados, Seguridad Pública y Condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas (Publicada en el D.O. Nº 22.554 del 6 de julio 2.000) (Sistema informático del Estado. Expediente electrónico. Firma electrónica y digital).
- Ley 17.250 que regula las relaciones de consumo. El artículo 16 menciona entre los medios de realizar la oferta de productos o servicios, la que "se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar."
- Ley 17.296 de 2001, que crea la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicaciones
- Decreto 382/2003 sobre firma digital de 17 de septiembre de 2003.

VENEZUELA



- Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. (Publicada en Gaceta Oficial Nº 34.863 del 16 de Diciembre de 1991).
- Decreto sobre Internet como prioridad de la República Bolivariana de Venezuela de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. Publicado en Gaceta Oficial de la República Boliviariana de Venezuela Nº 36.955 del 22 de mayo de 2000.
- Decreto con Fuerza de Ley 1.204 sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas del 10 de febrero de 2001. (Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.148 del 28 de febrero de 2001).
- Ley Especial contra Delitos Informáticos (Gaceta Oficial Nº 37.313 de 30 de octubre 2001)

NORMAS MERCOSUR EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO


Secretaría Administrativa del MERCOSUR
Foro de Consulta y Concertación Política
CMC
Comisión Parlamentaria Conjunta
Reuniones de Ministros
Reunión de Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales
Grupo de Monitoreo Macroeconómico
Reunión de Ministros de Agricultura
Reunión de Ministros de Justicia
Reunión de Ministros de Educación
Reunión de Ministros de Salud
Reunión de Ministros de Cultura
Reunión de Ministros de Interior
Reunión de Ministros de Industria
Reunión de Ministros de Trabajo
Reunión de Ministros de Minería y Energía
Reunión de Ministros de Desarrollo Social
GMC
Foro Consultivo Económico y Social
SUBGRUPOS DE TRABAJO
SGT 1 Comunicaciones
SGT 2 Asuntos Institucionales
SGT 3 Reglamentos Técnicos
SGT 4 Asuntos Financieros
SGT 5 Transportes
SGT 6 Medio Ambiente
SGT 7 Industria
SGT 8 Agricultura
SGT 9 Energía y Minería
SGT 10 Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad social
SGT 11 Salud
SGT 12 Inversiones
SGT 13 Comercio Electrónico
SGT 14 Seguimiento de la Coyuntura Económica y Comercial
GRUPOS AD-HOC
Azúcar
Concesiones
Relaciones Externas
Compras Gubernamen-tales
Grupo Servicios
Comisión Sociolaboral
REUNIONES ESPECIALIZADAS
Turismo
Ciencia y Tecnología
Mujer
Municipios e Intendencias
Autoridades de aplicación en materia de drogas, prevención de uso indebido y rehabilitación de dependientes de drogas
Promoción Comercial
Infraestructura de la Integración
Cooperativas
Comité de Cooperación Técnica
Comité de Directores de Aduana
Comité de Sanidad Animal y Vegetal
CCM
CT 1 Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías
CT 2 Asuntos Aduaneros
CT 3 Normas y Disciplinas Comerciales
CT 4 Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad
CT 5 Defensa de la Competencia
CT 7 Defensa del Consumidor
Comité de Defensa Comercial y Salvaguardas

SUBGRUPO DE TRABAJO N° 13:

COMERCIO ELECTRÓNICO

SGT N° 13 “COMERCIO ELECTRÓNICO”

-Órgano dependiente del Grupo Mercado Común (GMC)

-Comienzo de reuniones: marzo 2002

-Sección Nacional: Sector Público y Sector Privado

-Coordinación Nacional: Dirección de Asuntos Económicos y Comerciales del MERCOSUR (Cancillería)

ANTECEDENTES

- En junio de 2000, y a propuesta de la Argentina, fue creado el Grupo “ad hoc” sobre Comercio Electrónico.
- En el primer semestre del 2001 se elaboraron las pautas y programa de trabajo, las que fueron aprobadas por el GMC en junio de dicho año, y en el segundo semestre se preparó el programa de trabajo y se seleccionaron los temas de interés.
- Durante el año 2002, comenzaron los trabajos sobre firma digital y protección al consumidor.

FUNCIONES DEL SUBGRUPO

- Contribuir al mejoramiento del marco jurídico, fiscal, de medios de pago e infraestructura, necesario para el rápido desarrollo intrazona del comercio electrónico.

- Coordinar las posiciones nacionales, fortaleciendo el relacionamiento externo del bloque en esta materia.

NORMAS APROBADAS POR EL GRUPO MERCADO COMÚN EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO:

- MERCOSUR/GMC/RES. Nº 43/00 - Creación del Grupo Ad Hoc sobre comercio electrónico

- MERCOSUR/GMC EXT./RES. Nº 24/01- Pauta negociadora del SGT N° 13 sobre comercio electrónico

- MERCOSUR/GMC / Res. N° 21/04 sobre Derecho a la Información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet

- MERCOSUR/GMC / Res N° 22/04 sobre Certificación electrónica en el ámbito de la Secretaría del Mercosur

- MERCOSUR/ GMC EXT./RES. Nº 34/06 - Directrices para la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo de firmas electrónicas avanzadas en el ámbito del MERCOSUR.

- MERCOSUR/ GMC EXT./RES. Nº 37/06 - Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR.

2007

SGT Nº 13 “Comercio Electrónico” (MERCOSUR/LXVIII GMC/DI Nº 08/07)

La XVIII Reunión Ordinaria del SGT Nº 13 “Comercio Electrónico” se realizó en Asunción los días 17 y 18 de mayo del corriente año. Durante su reunión:

- discutieron el proyecto de cooperación MERCOSUR – UE,
- evaluaron el grado de incorporación de las Normativas aprobadas por el GMC,
- trataron sobre la protección de datos personales,
- trataron sobre el certificado de origen electrónico,
- analizaron la “Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales”,
- estudiaron la propuesta de creación de una página Web, y el sistema de intercambio de Información de Seguridad Social, entre otros.

PRÓXIMA REUNION ORDINARIA DEL SGT Nº 13 COMERCIO ELECTRONICO:

jueves 13 y viernes 14 de septiembre de 2007, de 9:00 a 18:00 hs.

Edificio Mercosur Sala A
Montevideo
(A confirmar)

CURRICULUM ABREVIADO DE LAS AUTORAS

Sara Lidia Feldstein de Cárdenas: Es Abogada, recibida en la Universidad de Buenos Aires, con diploma de honor y Doctora (U.B.A.) en el área Derecho Internacional Privado. Es Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y profesora de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asimismo, es Directora desde 1997 del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo y desde 2006 de la Maestría en Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA. Además es profesora invitada de universidades argentinas y extranjeras. Es Investigadora, categoría uno (1) por concurso (equivalente a investigador principal del CONICET). Es miembro Titular Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" de la Universidad de Buenos Aires desde 1987. Ha sido Directora de diversos Proyectos UBACyT, desde 1994. Actualmente es Directora del Proyecto UBACYT D811 "Armonización legislativa en materia de contratación electrónica en espacios integrados (en especial en el Mercosur)". Obtuvo cuatro premios consecutivos a la producción y a la investigación científica otorgados por la Universidad de Buenos Aires. Integra el Banco de Evaluadores del Programa Alban para la Unión Europea, la Universidad de Buenos Aires y es evaluadora del Consejo Nacional de Investigaciones Ciencia y Tecnología (CONICET), y evaluadora externa de la Universidad de La Plata, de la Universidad de Mar del Plata, entre otras. Desde 1998 integra la nómina de expertos de la CONEAU. Desde 1991 se desempeña como Directora ad honorem del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro y es vocal del Instituto Interdisciplinario del Mercosur de la misma institución. Ha sido la Directora en el Área Derecho Internacional Privado del proyecto Digesto Jurídico Argentino. Dirige el Suplemento mensual "Derecho Internacional Privado y de la Integración", Diario Jurídico elDial (www.eldial.com). Ha participado y ha sido expositora, conferencista, disertante y panelista en numerosos congresos y jornadas académicas nacionales e internacionales. Es autora y coautora de más de 200 publicaciones a nivel nacional e internacional. Entre sus libros, destacan: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, coautora, Editorial Universidad, Buenos Aires, Ediciones 1990, 1997 y 2003; *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, autora, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000; *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Colección de Análisis Jurisprudencial, autora, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004; *Reforma al Código Civil. Derecho Internacional Privado*. Autora, Volumen Número 18. Colección dirigida por los Doctores Roberto López Cabana y Atilio A. Alterini, Ed. Abeledo Perrot, 1994; *Contratos internacionales*, Tres partes. Autonomía de la voluntad. Lex Mercatoria. Contratos celebrados por ordenador. Autora, Ed. Abeledo Perrot. 1995; *Jurisdicción Internacional en materia contractual*, autora, Colección Sistema Jurídico del Mercosur. Volumen 4. Colección dirigida por

Atilio A. Alterini. Ed. Abeledo Perrot, *El arbitraje*. Autora, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. Asimismo, es autora y coautora de numerosos artículos y capítulos de libros.

Mónica Sofía Rodríguez de Bustos: Es Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en junio de 1993. Es Doctora en Derecho – Area Derecho Internacional, de la Universidad de Buenos Aires. Es Profesora Adjunta Regular por concurso de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y es Docente de Posgrado en el Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo de la Facultad de Derecho de la U.B.A desde el año 1998, de cursos de posgrado del Colegio de Abogados de San Isidro y de la Maestría en Derecho Internacional Privado de la UBA. Fue Becaria de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires período 1999 – 2004, sobre el tema “Armonización Legislativa en materia de Salvataje de Empresas en el Mercosur”. Integra el equipo de investigación del Proyecto UBACyT Código D811. Es posgraduada del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo, y el Programa de Actualización en Derecho Concursal Profundizado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Es Coordinadora Académica y Miembro Activo del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro. Es miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio Gioja” de la Facultad de Derecho, U.B.A. Es coordinadora del Suplemento mensual "Derecho Internacional Privado y de la Integración", Diario Jurídico elDial (www.eldial.com). Ha sido disertante, conferencista y ponente en diversos Congresos y Jornadas en la Facultad de Derecho, UBA, en la Universidad Notarial Argentina, en el Colegio de Abogados de San Isidro. Es autora y coautora de diversas publicaciones en temas de su especialidad, en el país y en el extranjero.

Luciana Beatriz Scotti: Es Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de Oro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Recibió el Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación al mejor promedio de abogacía del año de egreso 2002 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y el Premio “Alberto Tedín Uriburu” a la alumna de la carrera de Abogacía que ha obtenido el más elevado total de puntos en sus exámenes. Es Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Posgraduada del Programa de Actualización en Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo. Es Doctoranda de la Universidad de Buenos Aires. Area Derecho Internacional. Es Profesora Adjunta Regular de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es Jefe de Trabajos

Prácticos de Derecho Internacional Privado y materias afines de la cátedra de la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas de la Facultad de Derecho, UBA. Se desempeña como Coordinadora y Docente del Programa de Actualización en "Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo". Es Coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA). Es Becaria Doctoral por concurso del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Es Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", desde 2003. Integra el equipo de investigación del Proyecto UBACyT Código D811. Es Miembro Activo del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro. Es coordinadora del Suplemento mensual "Derecho Internacional Privado y de la Integración", Diario Jurídico elDial (www.eldial.com). Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad, en particular sobre Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración.

Flavia Andrea Medina: Es Abogada. Postgraduada del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo (U.B.A.). Es Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Privado de la cátedra de la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas de la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora y Profesora del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo de la U.B.A. Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado de la UBA y del MBA con orientación en negocios internacionales de la UCES. Profesora Adjunta de “Negociación Internacional”, de la Licenciatura de Comercio Exterior, UCES. Secretaria Académica y miembro activo del Instituto de Derecho Internacional Privado del C.A.S.I. Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT D811. Doctoranda Facultad de Derecho. U.B.A. Es coordinadora del Suplemento mensual "Derecho Internacional Privado y de la Integración", Diario Jurídico elDial (www.eldial.com). Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad, en particular sobre Derecho Internacional Privado