

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO (II)

Por **Sara Feldstein de Cárdenas**

Quiero agradecer profundamente a los organizadores de esta importante actividad académica la oportunidad que se me brinda para poder reflexionar acerca de una temática de tanta actualidad y felicitarlos por la elección del tema que nos convoca, conformado por el binomio jurisdicción internacional y comercio electrónico.

Introducción

Cuánta razón asistía al célebre historiador cuando afirmaba que “la historia se está acelerando de tal modo que nos sorprende constantemente”. Si bien es cierto que podremos vacilar acerca de si nos encontramos transitando una era postindustrial, neoindustrial, superindustrial, postmoderna, de la información, tecnotrónica, de las redes, digital, entre las tantas denominaciones que ha recibido, es indudable que estamos conviviendo en lo que ha dado en llamarse, acertadamente, la “aldea global”.

Comercio electrónico

¿Qué debemos entender por comercio electrónico? 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 aquel cuya actividad se circunscribe a las transacciones electrónicas desarrolladas a través de mecanismos que proporcionan tecnologías 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, 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.

El comercio electrónico, (*e-commerce*, *electronic commerce*), que se realiza a través de INTERNET, tiene como características más notables la de la desmaterialización resultante de la sustitución del soporte papel por el soporte electrónico en la contratación y la internacionalización de los negocios. Este último aspecto es el que nos concierne específicamente y, por tal motivo, antes de continuar nos parece que un poco de historia siempre resulta conveniente para prepararnos a abordar el tema central de este trabajo.

Evolución histórica de Internet

Resulta sabido por todos que, originalmente, la noción de ordenadores, de computadoras intercomunicadas, apareció en 1969 dentro de un programa militar conocido bajo la denominación de “ARPANET” –*Advanced Research Projects Agency*–, Organismo de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, que inicialmente estaba dirigido a un reducido número de usuarios. Posteriormente, la red se vinculó con otras redes establecidas por diferentes organismos gubernamentales y universidades, pasando a llamarse INTERNET. Precisamente, hasta la década de los ochenta inclusive, bajo la órbita de ARPA, se utilizaba para fines de investigación, cuando en 1989 recibió un gran impulso con el desarrollo de la *web*, realizado por un científico inglés con la finalidad de lograr el intercambio de información entre los equipos de investigadores de física de alta energía del Consejo Europeo de Investigación Nuclear –el CERN– con sede en Ginebra, Suiza.

En este sentido, conviene resaltar la importancia de la decisión tomada cuando el Congreso de los Estados Unidos autorizó, en 1992, la realización de actividades comerciales en la red de la Fundación Nacional para la Ciencia –NSFNET–, lo que produjo un crecimiento espectacular al posibilitarse la interconexión con los proveedores comerciales de servicios de red. Por cierto que ello no constituyó una cuestión menor, por lo menos a tenor de los resultados que pueden fácilmente advertirse, ya que estimuló su uso por parte de

millones de personas a nivel mundial.

“INTERNET”, debido a su vertiginosa expansión, convirtió ciertas expresiones ciertamente novedosas, ciertamente originales, en cotidianas, tales como *e-mail*, datos, sitios, enlaces, portales, protocolos, servidores, dominios, *www* punto com, usuarios, internautas, grupos de discusión, páginas *web*, buscadores, metabuscadores, que son las referidas a una serie de actividades dentro de lo que se ha denominado el espacio cibernético, el espacio virtual, el ciberespacio, en que 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 íconos, *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, entre muchos otros.

Algunas observaciones sobre Internet

Una primera observación nos permite corroborar que todos estos mecanismos han provocado el tránsito desde usuales procesos basados en papel hacia procesos digitales, en los que la letra impresa resulta reemplazada por el lenguaje binario digital, compuesto de cadenas de unos y de ceros.

Una segunda observación no menos importante que la primera es que el comercio electrónico no es un fenómeno totalmente nuevo, porque las primeras formas nacieron en la década del ochenta con el EDI (*Electronic Data Interchange*), que consiste en la realización de transacciones comerciales en forma automatizada, mediante el intercambio de todo tipo de instrucciones, tales como órdenes de compra, ventas, pagos, transferencias, entre otros posibles, entre dos ordenadores determinados.

Una tercera observación es que quizás la novedad de INTERNET es la incorporación de la posibilidad de efectuar las transacciones electrónicas entre personas desconocidas. En este sentido, el Premio Nobel de Economía, Douglas North, ha dicho que existen dos polos bien marcados dentro del espectro de las transacciones que tienen lugar en un sistema económico: por un lado, nos encontramos con las transacciones en las que las partes se conocen mutuamente; por el otro, transacciones que se efectúan entre desconocidos. En las primeras, los costos de la transacción son bajos, en las segundas, los costos son acentuadamente más elevados. Si bien el comercio electrónico puede darse de diversas formas, mediante sistemas financieros, EDI, servicios *on line*, una de las formas que tiende a incrementarse es a través de la red INTERNET.

Mas lo cierto es que INTERNET, por lo menos, ha obligado a cambiar significativamente los conceptos de espacio, tiempo y distancia. Sin embargo, nadie ignora que estos medios tienen en común una serie de problemas que el derecho habrá de despejar, tales como lo relacionado con: la identificación de las partes, el momento del perfeccionamiento del contrato, la validez y efica-

cia de las transacciones electrónicas, la prueba del contrato, la distribución de responsabilidad entre las partes, los sistemas de pago seguros y eficientes, la ley aplicable y la jurisdicción competente. Así, pues, la “sociedad de servicios de la información” es una sociedad post-industrial construida sobre un sistema productivo basado en la automatización de las energías del hombre; en esta sociedad, la información y los servicios que ella ofrece han pasado a ser cosas que están en el comercio, bienes de consumo cuyo valor económico es muy elevado. Se está ante el sistema de red o redes abiertas que permiten intercambiar información entre ordenadores, entre computadoras, produciendo la transmisión de datos con diversas fuentes de información, de forma accesible para una cantidad ilimitada de usuarios sin necesidad de moverse del hogar o de la oficina.

Precisamente a este fenómeno, mediante el cual se comercializa a través de un sistema de redes interconectadas que unen millones de ordenadores del mundo entero, que se ha erigido en una de las aplicaciones más dinámicas del comercio electrónico, será que acotaré mi presentación en esta oportunidad.

Características de Internet

Una cuarta observación se encuentra relacionada con las principales características de este medio de comunicación:

1) Acceso global a la red: estar conectado implica estar conectado a un conjunto de ordenadores que conforman la red, de tal modo se produce una conexión que ha dado en llamarse de “todos contra todos”, la cual permite el acceso a la información reunida desde cualquier punto del planeta.

2) 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.

3) 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.

Derecho e Internet: ¿cyberspace?

El advenimiento de INTERNET, un fenómeno que trasciende las fronteras de los Estados, ha abierto un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre las que se destacan 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.

Las cifras demuestran que más del ochenta por ciento de los dominios existentes a nivel internacional son los célebres punto com, vale decir, dominios de tipo comercial, sea porque una empresa o un usuario particular los han adquirido para su empleo. Lo cierto es que INTERNET, esta suerte de entramado de relaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas, es la decimoctava econo-

mía del mundo, por debajo de Suiza pero por encima de algunos países como la República Argentina. Ciertos datos estadísticos permiten prever que hacia el año 2003 el treinta por ciento de los hogares a nivel mundial utilizarán de forma habitual INTERNET. En la República Argentina, según información de la Cámara Argentina de Bases de Datos y Servicios en Línea (CABASE), existen setenta proveedores de servicio, de los cuales cincuenta y seis están en la Ciudad de Buenos Aires y Gran Buenos Aires, y catorce en el interior, mientras que el cincuenta y uno por ciento del mercado está concentrado en tres proveedores. Según una encuesta realizada por Microsoft en Argentina, existirían un millón ochocientos mil ordenadores personales que, según esa empresa, demuestran una penetración del siete con cuatro por ciento (7,4 %) sobre el total de hogares, contra una utilización del cuarenta y dos por ciento (42 %) en Estados Unidos. De manera que el uso de INTERNET en nuestro país puede ser calificado como incipiente, pero de crecimiento sostenido.

Lo cierto es que, tal como vimos, 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* mediante una red de INTERNET, conectándose con un proveedor ISP (*Internet Service Provider*).

Datos estadísticos fidedignos permitieron afirmar que ya en 1997 había un millón de sitios *web* en el mundo que contenían unos noventa millones de páginas *web*, que podían ser visitados por siete millones de ordenadores y más de setenta millones de usuarios. Según datos publicados en la revista *The Economist*, las transacciones en comercio electrónico durante 1999 alcanzaron solamente en los Estados Unidos el monto global de ciento cincuenta millones de dólares, de los cuales el casi ochenta por ciento correspondió a transacciones concluidas entre empresas. A su turno, estudios realizados por la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, bajo la denominación “El comercio electrónico y el papel de la OMC”, analiza los beneficios que el empleo de INTERNET en el tráfico de bienes y servicios implica para el comercio en general.

Por ende, se observa que se está ante un impacto de gran magnitud en la medida en que ha producido incluso cambios rotundos en los hábitos de los consumidores, quienes deberán superar su gusto por elegir, probar, tocar la mercadería, posibilidad que en la compra electrónica les está vedada, así como internalizar sistemas de pago 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.

La siguiente observación que nos permitimos realizar es que, si bien generalmente los usuarios no advierten la superación de las fronteras cuando se introducen en INTERNET, no lo es menos que lo hacen de manera permanente,

así como no advierten que los extremos de la relación, el usuario y el proveedor, se encuentran ubicados en el espacio territorial.

Creemos que la cuestión central a dilucidar es si ese espacio debería o no estar sujeto a algún tipo de regulación jurídica. Aquí se han producido distintas líneas doctrinarias con importantes basamentos. Muchos Estados temen ver socavada su sacrosanta soberanía ante las dificultades que representa controlar el ambiente electrónico transnacional.

Ello ha determinado que algunos especialistas, que sin lugar a dudas no han aliviado aquella preocupación, expresaran que INTERNET no es multijurisdiccional, sino ajurisdiccional.

No obstante, defendemos la tesis afirmativa que postula que el espacio virtual merece ser jurídicamente reglado, aunque con algunas peculiares características. En efecto, si bien es cierto que a primera vista el *cyberspace*, el espacio cibernético, aparece caracterizado por la ausencia de fronteras, es decir, 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, superadas casi imperceptiblemente, no es menos cierto que estamos convencidos de la legitimidad de los derechos estatales para dictar y aplicar reglas en esa esfera.

Dicho en otras palabras, cabe preguntarse a estas alturas de nuestra exposición si 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. Una primera aproximación nos permite vislumbrar que no se trata de una empresa sencilla, ya que el objeto resulta, si no inasible, por lo menos sensiblemente intangible, resbaladizo, huidizo.

Para dar respuesta a nuestro planteo inicial, habrá que tomar partido acerca de si pueden los derechos estatales rescatar su soberanía en un espacio que casi no tiene bases territoriales, en el que los mensajes entre personas separadas por grandes distancias pueden transmitirse desde un sitio a otro sin solución de continuidad, sin degradación, o bien si la ausencia de reglas es lo que ha favorecido el florecimiento del comercio electrónico a través de INTERNET. ¿La ausencia de protección en materia jurisdiccional no será quizás una rémora?

Es verdad que 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, quizás una de las más aptas para dar respuesta a algunos interrogantes, tales como los de la ley aplicable o la jurisdicción competente en esta tan delicada como relevante materia. Sobre todo, porque debe tenerse conciencia de que la invitación a los consumidores para realizar operaciones mediante un sitio *web* aumenta considerablemente las probabilidades de que los tribunales extranjeros se consideren competentes, llamados a resolver las eventuales disputas ocasionadas en ese ámbito.

Porque 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 invitarán al debate y al intercambio de ideas.

Al adentrarnos en los temas que hacen a nuestra disciplina, entre muchos otros posibles, habrá que considerar seriamente si 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 donde se comete el ilícito, el lugar de ejecución de la prestación característica del contrato, no habrán de ser adaptados, remozados para su aplicación en el espacio virtual. Asimismo, seguramente habremos de hablar de elección del foro por parte de la víctima de un ilícito, domicilio del administrador del sitio.

En este aspecto habrá que discernir quiénes son las personas, las empresas que se mueven en INTERNET, para lo cual resulta de utilidad saber que, según un informe del Consejo de Estado Francés de 1998, un suministrador de un sitio es aquel que asegura un servicio de almacenamiento y tratamiento de contenidos en la memoria de un ordenador conectado a INTERNET; que el suministrador de contenidos es aquel que introduce un contenido en un sitio, esto es, una base de datos o un grupo de discusión o unas imágenes, con la finalidad de que sea de acceso público, los cuales pueden encontrarse divididos, tal como se sabe, por materias, entre las que se destacan dos grandes grupos: las comerciales (editoriales, bancos, seguros, prensa, empresas, entre otros) y las no comerciales (universidades, gobiernos, particulares, entre otros).

Una primera aproximación nos permite observar que en este entorno se produce una suerte de contradicción, toda vez que si bien algunos Estados realizan esfuerzos para controlar el flujo de la información electrónica por encima de sus fronteras, no es menos cierto que a otros no les interesa detener su participación en el comercio internacional mediante la realización de transacciones que encierran operaciones bursátiles, bancarias, de mercaderías, de productos, de servicios. Así, pues, 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 estatales, a las fronteras estatales.

Por ello nos parece que habrá que examinar si una página *web* resulta asimilable o no a los medios tradicionales, tales como un anuncio en una revista, o si es mucho más, ya que también permite recuperar información a los terceros, imprimir o ponerse en contacto con el titular del sitio y negociar mediante la celebración de una vasta gama de transacciones, tales como suministro e intercambio de bienes, de servicios, mandato comercial, factoraje, arrendamiento de bienes o *leasing*, de construcción, de consultoría, licencias, financiación, de distribución, contratos bancarios, de seguro, de transporte de mer-

caderías, de pasajeros, entre otros tantos posibles. A su turno, y no estamos ante una cuestión baladí, habrá que pensar si las reglas, las viejas reglas elaboradas para bases territoriales son las más aptas para regularlo, o si bien merecen ser adaptadas para la regulación jurídica de un nuevo fenómeno que necesita un aporte fundamental de la imaginación humana.

La siguiente aproximación está referida a que en la red se presentan muchas de las cuestiones de otras tecnologías transnacionales. En efecto, una página *web*, si bien se encuentra conectada de manera visible con el lugar donde físicamente se halla el servidor, genera expectativas legítimas por parte de otros derechos estatales al permitir el acceso de los usuarios de la casi totalidad de los países. Los usuarios, los autores de las páginas, los que intervienen en este entorno, no desconocen el carácter global de la red, lo cual alienta la idea de que casi todos los Estados se sientan con derecho de ejercer jurisdicción en ese ámbito.

Jurisdicción internacional e Internet

Desde una primera mirada, en materia de jurisdicción internacional habrá que plantearse, entre muchos otros, los siguientes interrogantes:

1) ¿Un oferente al público desde un determinado Estado puede válidamente ser demandado por los contratantes domiciliados en otros? ¿Ante los tribunales de los consumidores? ¿Bajo qué condiciones?

2) ¿Puede un proveedor ser demandado por responsabilidad civil ante los jueces de su domicilio o del lugar donde se ha producido el daño? ¿El juez del lugar del hecho generador del daño?, ¿o el juez de donde se han producido los efectos?, ¿o el tribunal de donde se ha originado el hecho dañoso?

3) ¿Para que una de las partes pueda ser llevada a juicio ante una jurisdicción en la que no está domiciliada, qué requisitos deberán reunirse?

4) ¿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?

5) ¿Pueden estas cuestiones ser resueltas mediante la aplicación de las reglas existentes sobre jurisdicción del Derecho Internacional Privado? ¿En su caso, cuáles? ¿Son ellas susceptibles de armonización legislativa?

6) ¿Para poder discernir qué tribunal tendrá competencia para conocer en un contrato internacional realizado en este ámbito, deberíamos acudir al criterio de conexión del domicilio o residencia habitual del demandado?, ¿o al del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda?, ¿o cuál puede presentarse como el más apto? ¿Puede servir el criterio de la sede del prestador característico del contrato?

7) ¿Cuál o cuáles son las condiciones de validez de las cláusulas sobre elección de jurisdicción concertadas *on line*? ¿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?

8) ¿Puede resultar apto el arbitraje como método de resolución de disputas en INTERNET?

9) ¿Pueden desatenderse las modalidades que, en materia de celebración de contratos a través de medios electrónicos, han dado en llamarse las cláusulas de *web wrap agreement* que, entre otras cuestiones, como las condiciones de uso de un servicio, las limitaciones o exclusiones a la obligación de brindar soporte técnico, las limitaciones o exoneración de la responsabilidad del proveedor, suelen versar sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente en caso de desavenencias entre las partes?

Algunas realizaciones

Si bien las realizaciones no son numerosas, resulta destacable la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organización intergubernamental cuyo objeto es la unificación del Derecho Internacional Privado, que ha llevado a cabo en Ginebra una serie de sesiones sobre cuestiones de ley aplicable y competencia judicial en relación con el comercio electrónico y las operaciones efectuadas por los intermediarios de INTERNET.

En materia de ley aplicable a los contratos *on line*, la discusión se centra en la dicotomía entre la ley del vendedor (regla del país de origen de la mercancía) o la ley del comprador (regla del país de recepción). La solución propuesta, y en trámite de discusión, pretende evitar esta dicotomía partiendo de un sistema nuevo que se basa en la llamada “certificación de sitios”, inspirada en los trabajos que la Cámara de Comercio Internacional –la CCI– y otras organizaciones privadas están llevando al respecto. Este sistema de certificación de sitios partiría de reglas específicas de protección de los consumidores, incluidas las garantías, así como un sistema de reglamentación de controversias justo, de fácil acceso y gratuito para el consumidor. De este modo, si un determinado sitio ha obtenido la certificación podrá entonces preverse que se aplicará el derecho del país de origen y se dará competencia a los tribunales de ese país, en los casos residuales que no puedan regirse por el sistema autónomo de resolución de diferendos, comprendido en el sistema de certificación de sitios.

Soluciones de Derecho Comparado

En el Derecho Comparado, específicamente en el derecho español, en cuanto al tribunal competente para la resolución de conflictos, se establece el de la residencia habitual del usuario-consumidor (*forum domicilii*). También en el anteproyecto español sobre la materia, se pretende potenciar un sistema arbitral de resolución de conflictos por vía telemática, y un régimen de vigilancia y de control para proteger a los usuarios, fijando un procedimiento sancionador con multas muy elevadas para aquellos que incumplan las prescripciones legales.

El foro de la residencia habitual de la víctima del daño coincide con la localización de una parte del daño, por ello en el anteproyecto de convenio sobre competencia y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil,

no se sigue el foro de la residencia habitual para fijar la competencia, sino que se continúa manteniendo la conexión con el lugar donde ha ocurrido el daño. Ello llevaría a la víctima a acudir a varios tribunales; pero también puede demandar en el lugar del establecimiento del editor de la página (el proveedor del sitio) y, en este caso, el tribunal podría conocer sobre todos los perjuicios causados por la publicación en cualquier país.

Cabe recordar que, dentro del marco de la Unión Europea, el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil (así como su extensión a terceros países mediante el Convenio de Lugano), establece de modo general, en su artículo 2, que las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. A su turno, dispone en el artículo 14 que, en materia de contratos celebrados con consumidores, con exclusión de los contratos de transporte, se otorga al consumidor la doble opción de interponer la demanda ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el demandado o los tribunales del Estado en que estuviere domiciliado el propio consumidor. En este sentido, cabe observar que el artículo 13 del mismo instrumento jurídico internacional dispone acerca de las condiciones relacionadas con la oferta o publicidad especialmente dirigida y que el consumidor hubiera realizado en dicho Estado los actos necesarios para la celebración del contrato.

El artículo 17 del mencionado Convenio de Bruselas establece las condiciones de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción, disponiendo que ellas serán válidas si son concluidas por escrito u oralmente con confirmación escrita. Mas resulta sabido que esta Convención será reemplazada por un Reglamento, que entrará en vigor en marzo de 2002. Se trata de una norma de origen típicamente comunitario para todos los Estados que conforman la Unión Europea, con la sola excepción de Dinamarca, que ha decidido no suscribirlo. Precisamente, este Reglamento tiene por finalidad tomar en cuenta la especificidad del comercio electrónico en materia de competencia judicial y reconocimiento de decisiones civiles y comerciales.

En las normas de fuente interna, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial extiende la jurisdicción española a todas las personas, materias y territorio español, derogando el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 21 de esta misma ley atribuye a los juzgados y tribunales españoles el conocimiento de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y españoles y entre extranjeros con arreglo a la propia Ley Orgánica y los convenios internacionales en que España sea parte. Del mismo modo que el Convenio de Bruselas, la LOPJ establece que los juzgados y tribunales españoles tendrán competencia especial en materia de contratos con consumidores cuando el comprador tenga su domicilio en España, si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición o, en cualquier otro caso, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español

los actos necesarios para la celebración del contrato. Esto será de aplicación en España a todas las relaciones contractuales con personas residentes en países fuera del ámbito de aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano.

En el derecho norteamericano ha aparecido lo que jurisprudencialmente se conoce como el concepto de “*purposeful availment*” (“aprovechamiento buscado”) con el objeto de evitar que ciertos estatutos “de largo alcance” (*long-arm statutes*) 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.

Así, los tribunales han desarrollado 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 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 con 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 a la información y 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 en casi todas las oportunidades los tribunales tuvieron en cuenta el grado de interactividad entre los usuarios y el sitio para determinar la pertinente competencia.

Validez de las cláusulas de elección de jurisdicción

En este sentido vale la pena 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.

Soluciones en el derecho argentino

Habrá que discernir si las soluciones existentes del Derecho Internacional Privado argentino en este aspecto pueden ser aplicables al ámbito de INTERNET.

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 de 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 originado su interpretación una jurisprudencia tan abundante como esclarecedora. Baste recordar, entre los más célebres casos: “Espósito”, “Quilmes Combustibles” e “INTA”.

En el ámbito convencional, los célebres Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales estatales del domicilio del demandado o del lugar que rige el fondo, 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 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, si no, puede llegar a constituirse en un obstáculo para el desarrollo del

comercio electrónico. En lo que se refiere a ciertas realizaciones, 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 y complete términos tales como “documento”, “firma” y “escrito”, que aparecen en los instrumentos internacionales en vigor, para adaptarlos a los requerimientos de los tiempos actuales.

Internet y arbitraje comercial internacional

El arbitraje comercial internacional es un mecanismo de solución de desavenencias que siempre ha mostrado su eficacia en el ámbito de los negocios internacionales. Por tal motivo, este tema, el de Internet con el arbitraje, ha despertado nuestra curiosidad y lo hemos desarrollado en los cursos de grado sobre Arbitraje Interno e Internacional de la cátedra desde hace muchos años.

Entre otros importantes antecedentes, destacamos que el primer proyecto fue el Proyecto Magistrado Virtual, con auspicio de la Universidad de Villanova, en Estados Unidos, que ofrecía la solución de la controversia –todo actuado vía INTERNET– permitiendo la elección del árbitro, la presentación de pruebas, el desarrollo del procedimiento, y un laudo. Los árbitros son expertos en materia de tecnología, usos y costumbres de la red.

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*, lanzado el 4 de junio de 1998 y 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 abarcan temas de comercio electrónico, derecho de la competencia, derecho de autor, marcas de comercio y libertad de expresión. Los árbitros son nombrados por la Secretaría del *Cybertribunal*, 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 o la otra parte se opongan. En tal caso, la Secretaría puede proponer a las partes suprimir aquellas menciones de la sentencia que permitan identificarlas. Pero quizás una de las más importantes características 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, constituida 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 y 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 ciberespacio. Se trata de una importante experiencia, ya que al poco tiempo de inaugurarse contaba con muchos clientes registrados que pretendían someter sus litigios al Centro. Simplemente se llena un formulario electrónico, mediante una tasa reducida.

En este sentido, nuestra reflexión está encaminada a despertar la imaginación y lograr aproximarnos a un tema novedoso, atractivo, acerca del cual será necesario responder 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 ciberespacio se instale el dominio de los poderosos.

Reflexiones finales

Para terminar con esta presentación, a modo de conclusión, diremos que:

1) El espacio virtual es un espacio 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 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 en INTERNET 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 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 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. Así, pues, el arbitraje comercial internacional se adapta a las exigencias de INTERNET en la búsqueda de la solución de las disputas ocasionadas en esa esfera.

5) Una solución puede ser la elección del foro que tendrá que resolver las eventuales disputas que pudieran presentarse. Habrá que discernir en este ca-

so si las cláusulas electivas celebradas por INTERNET para llenar el requisito de la forma escrita exigirán una confirmación escrita por correo electrónico.

6) Otra probable solución puede tener lugar a través de la cooperación, de la asistencia jurisdiccional en la materia, sin descartar la armonización legislativa entre los Estados, mediante la celebración de convenios internacionales que contengan criterios uniformes no solamente en materia de jurisdicción internacional, sino también en un tema de suma importancia como es el relacionado con el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales dictados en el ámbito de INTERNET.