UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: ”Modernas cuestiones de contratación internacional”

Alumno: GARCIA, Ernesto Martín

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Internacional Privado

Encargado de curso Prof.: SCIAMMARO, Dominga María

Año que se realiza el trabajo: 2007.

MODERNAS CUESTIONES DE CONTRATACION INTERNACIONAL

Índice

PRÓLOGO..... Página 2

INTRODUCCIÓN…..... Página 4

CAPÍTULO I

CONTRATO DE TURISMO..... Página 8

CAPITULO II

ARBITRAJE INTERNACIONAL… ..... Página 14

CAPITULO III

TITULO I LA CONTRATACION INTERNACIONAL

EN EL CIBERESPACIO..... Pagina 23

TITULO II LAJ URISDICCION EN EL CIBERESPACIO ..... Página 33

CONCLUSIÓN..... Página 36

BIBLIOGRAFIA..... .Pagina 38

PROLOGO

Al momento de iniciar este seminario de aportaciones teóricas me surgieron una serie de interrogantes en relación al tema sobre el cual iba a investigar y luego de analizar diversas variantes arribe a la conclusión de que mi investigación no debía ser vista o interpretada como el colofón de un tema relamido y sobre el cual todo estaba dicho sino tan solo el punto de partida de estudios, análisis e investigaciones superadoras de esta.

Por ello es que dentro de un espectro de actuación como es el derecho internacional privado he decidido volcarme a tres cuestiones que siempre me han interrogado pero que tienen como particularidad pertenecer a la orbita de los contratos internacionales.

A la mirada inatenta del lector pudiera parecer que no existe concatenación lógica entre los diversos temas pero desde un punto de vista metodológica creo haber logrado saciar mi curiosidad y a su vez relacionar con inteligencia los puntos de partida que he estimado podrían ser de utilidad a los futuros investigadores, sobre tres temas que

son de gran actualidad y que a su vez no han merecido la atención de los grandes juristas.

Considero que este es el espacio para agradecer a la profesora titular de Derecho Internacional Privado, Dra. Sciammaro quien me ha brindado su apoyo así como largas horas de corrección para que pudiera presentar al lector este trabajo que otorga a quien suscribe el placer del deber cumplido.

INTRODUCCIÓN

Tomaremos como concepto de contrato internacional el que dice que son aquellos contratos en los que no sólo el lugar de celebración es distinto a los lugares en los cuales va a tener efectos sino que el domicilio de los sujetos que lo celebran se encuentra en distintos Estados, siendo estos sujetos personas físicas, personas jurídicas de carácter público y personas jurídicas de carácter privado.

Las partes perfectamente pueden pactar ley aplicable y jurisdicción con lo que cualquier planteo posterior deberá ajustarse a lo convenido, siempre y cuando lo acordado se halle dentro de la materia disponible por las estas y no afecte en modo alguno el orden público, conforme lo prevé el art. 1197 del Código Civil. Así tiene dicho la jurisprudencia: "la prorroga de jurisdicción o sumisión voluntaria ha sido reconocida en principio como causa atributiva de jurisdicción por el Derecho Internacional Privado; sin embargo, la sumisión no produce ese efecto cuando puede tener por resultado el llevar los litigios, por la sola voluntad de una o de ambas partes a una jurisdicción que favorezca situaciones o pactos contrarios al orden publico imperante en un lugar donde están ligados por su

domicilio, por su nacionalidad, por el acto o por cualquier otro vinculo efectivo." (1)

Esta interpretación tiene matices que son perfectamente bien explicados por BASZ y CAMPANELLA cuando dicen:".....Nos encontramos con distintas definiciones de "contrato internacional", y así hay autores que lo conceptúan a partir del hecho de que no todos los elementos del contrato se encuentran en un mismo sistema jurídico. Horsman y Vernilghen expresan que el "contrato internacional" se configura cuando se ponen en juego los intereses del comercio internacional y se localizan sus elementos en territorios de diferentes estados. Sara L.F. de Cardenas señala que "contrato internacional" es aquel, que en su conformación, desenvolvimiento o extensión posee elementos extranjeros objetivamente relevantes. Podemos señalar que la internalización de un contrato puede darse a partir de que las partes involucradas en le mismo tengan sus domicilios o establecimientos en estados diferentes, o bien centra la internalización en que los lugares de celebración y ejecución se encuentran en estados diferentes-este ultimo es el criterio que surge del código civil argentino-, o bien cuando el contrato tuviera

---

(1). (S.C. Tucumán, 4-8-1954, La ley t.78, p.477)

contactos objetivos con distintos estados. Podríamos aceptar cualquiera de los elementos mencionados para calificar de internacional un contrato, lo que no admitimos es que la internacionalidad derive de la voluntad de las partes intervinientes en el mismo por el solo hecho de haber expresado su voluntad de otorgarle el carácter de internacional"(2). Así expresadas las concepciones antes expuestas parecen acercarse a un criterio restrictivo que tiene por finalidad otorgar una básica y poco elaborada pero introductiva noción de fraude a la ley. Ahora y al solo modo de interrogación, ya que el presente trabajo no tiene por finalidad dar certezas incontrastables sino tan solo plantar la semilla de la duda en el lector, la utilización indiscriminada de ciertas cláusulas que se denominan de estilo y que tienen directa relación con el tema de los domicilios, no nos deja a un paso del llamado Fraude a la ley?.

Quien escribe considera que los criterios precedentes tienen una finalidad un tanto mas social en cuanto se configura como tuitivo de una de las voluntades que necesariamente deben expresarse en un

---

(2). (Derecho Internacional Privado, Victoria Basz y Elisabet Campanella, Rubinzal Culzoni, primera edición, año 1999).

contrato que por diferentes razones y conforme expondremos en el capitulo que sigue puede resultar en inferioridad respecto de la otra y por tanto verse sometida a la ascendencia de su co-contratante derivada de diversos factores, superioridad económica, ligereza, inexperiencia, etc.

CAPÍTULO I

Contrato de Turismo

Es de interesante y particular mención la cuestión del contrato de turismo particularmente por el carácter de extraterritorialidad de las obligaciones a cumplirse por las partes. "Los contratos de turismo son contratos de consumo, sin embargo contienen en la mayoría de los casos cláusulas de prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales. Estas cláusulas pueden lesionar y configurar una negación del acceso a la justicia, y por lo tanto resultar abusivas para el consumidor, aun cuando estas cláusulas estén admitidas en el contrato de viaje regulado por la convención de Bruselas". (3)

El contrato de turismo ha constituido en el último tiempo una forma de contratación denominada por la justicia argentina como contrato innominado en virtud de no haber hallado previsión en el Código Civil o en el Código de Comercio. Es de fundamental importancia determinar el contexto socioeconómico en el que dicho contrato ha

---

(3). IVALE, CORINA ANDREA, La jurisdicción en los contratos de consumo celebrados ON LINE en el ámbito del MERCOSUR, profesora adjunta de Derecho Internacional privado, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

adquirido tal importancia, particularmente en nuestro país con relación al resto del mundo en virtud de la caída del tipo de cambio que permite que con monedas europeas se favorezca el turismo en las latitudes del sur, como ocurre por ejemplo en Argentina y Brasil, por citar los casos mas cercanos.

"En el ámbito internacional se encuentra vigente el Convenio Internacional sobre Contratos de Viaje que regula cuestiones atinentes al contenido de estos contratos y al estatuto del organizador y del intermediario de viajes. Nuestro país lo ha ratificado y hecho oficiales las versiones en francés e inglés mediante el Decreto - Ley 19918 del 23 de Abril de 1970. La convención define el contrato como cualquier contrato de organización de viaje o intermediario de viaje. Paso seguido define qué debemos entender en la economía de su texto por cada una de estas especies. Llama contrato de organización a todo aquel por el cual una persona se compromete, por su cuenta, a procurarle a otra, mediante el pago de un precio, un conjunto de prestaciones combinadas de transporte, estadías distintas del transporte y otros servicios conexos. En cambio, un contrato de intermediario de viaje

es aquel por el cual una persona se compromete a procurar, mediante el pago de un precio, un contrato de organización de viaje o una o varias de las prestaciones aisladas para realizar un viaje o una estadía cualquiera.....La definición legal de lo que hemos de entender en nuestro medio por contrato de viaje se encuentra en el art. 3º de la resolución 256/2000 de la Secretaría de Turismo que establece las condiciones generales del contrato, conjuntamente con el detalle de los servicios a prestar, los billetes de transporte, las órdenes de servicio, las facturas emitidas y todo otro documento que contenga especificaciones sobre el contrato de viaje".(4)

Lo antecedentemente expuesto sirve a los efectos de situar la cuestión del contrato de turismo en un contexto nacional e internacional, en cuanto a la cuestión de las cláusulas abusivas e ineficaces consideramos adecuado verter los siguientes conceptos: "Sin duda alguna, la ley del consumidor trae soluciones sustanciales de derecho de fondo, que contienen respuestas concretas, de aplicación directa e incondicionada a las diversas cuestiones de la

(4). ADRAGUEAR, EDUARDO, VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Ponencia 21, www.aaba.org.ar

problemática del consumidor". (5)

Será de discutir si las partes al contratar dentro de una relación de contrato turístico aceptan el someterse voluntariamente a una relación que se rija por la ley del consumidor que por poseer normas y procedimientos procesales hacen **lenta** (el destacado nos pertenece) una operación eminentemente comercial.

"Por lo ya expuesto, no debe dudarse que la ley 24.240, de defensa del consumidor, es aplicable a la contratación de servicios turísticos, en cualquiera de sus variantes. Esta postura se basa en que el turista es un consumidor, quien carece de capacidad de negociación, con debilidad jurídica en razón de las restricciones y carencias a las que se ve sometido, sujeto que con buena forma contrata una prestación, que recibirá en muchas ocasiones fuera de su país y en muchas circunstancias a miles de kilómetros del lugar de contratación, por eso necesita una norma tuitiva. Si se tiene en cuenta que un alto porcentaje de denuncias por infracción a la ley 24.240 está relacionado con este tipo de contratación, en la que el

---

(5). STIGLITZ, GABRIEL, Ley de Defensa del Consumidor, Serie de textos actualizados de la ley con doctrina y jurisprudencia, 1999, Editorial La Ley S.A., página XVIII.

consumidor o usuario se encuentra en situación de desventaja, ningún tribunal del país debería dudar de la aplicación de esta normativa. La inclusión del art. 42 a la constitución de 1994, fue una respuesta a la realidad que vive el hombre común adquirente de bienes o servicios para su consumo personal o familiar. Por esto no puede norma alguna, a pesar de su especialidad quitarle la aplicabilidad a casos en que el consumidor o usuario es parte de la relación contractual, sin importar la denominación que demos al contrato".(6)

Así el convenio internacional sobre contrato de viaje dice: "El contrato de viaje podrá contener una cláusula atribuyendo competencia a un tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que el tribunal aplicará el presente convenio". Fácil es advertir que el viajero aislado puede quedar sometido, de este modo, a una jurisdicción a la que, prácticamente, le resulte imposible recurrir. Consideramos que cabe acudir a las normas

---

(6). CANTEROS, MONICA A., Las empresas de turismo, www.eco.umme.edu.ar, revista 03/01

sobre consumidor y usuario (art. 29). [7]

(7). FARINA, JUAN M. Contratos Comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria, 3ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial Astrea, página 395

CAPITULO II: El Arbitraje Internacional

El tema que nos ocupa se caracteriza por la ausencia de interés así como el desconocimiento del tema que ha existido y existe en los ámbitos académicos como judiciales de la República, en el orden Federal como Provincial. Han existido argumentos históricos que se han encargado de exponer las objeciones mas vehementes, por ejemplo: El arbitraje es una privatización de la justicia, es un medio de opresión de los grandes hacia los pequeños, no puede existir independencia en los árbitros, la confidencialidad (cláusula común) atenta contra la publicidad del sistema y evita la sistematización de la jurisprudencia arbitral, en el ámbito Nacional implica desconfianza en los jueces, etc. Puede decirse que este sistema de resolución de conflictos en que las partes, renunciando a una jurisdicción que les corresponde se ponen de acuerdo sobre un tercero imparcial privado que resolverá sus conflictos basados en la mayor celeridad o en fundamentos de tipo técnico o corporativo no es nuevo en los

países de ascendencia anglosajona, muy por el contrario es una práctica anquilosada y de inveterada aplicación; pero para los países de ascendencia latina esto es totalmente nuevo en virtud de existir desde el Imperio Romano la apropiación del conflicto privado por parte del Estado, lo que en una interpretación técnica tiene sólo sentido en el ámbito del Derecho Público en atención a razones de Interés Público y de protección de la Paz como valor.

En materia de Derecho Privado la problemática es totalmente distinta y siendo las partes capaces, no existiendo impedimentos de tipo personal y de Orden Público y en atención a la regla del PACTA SUNT SERVANDA, no existiría impedimento, desde un punto de vista estrictamente jurídico, para que las mismas arreglaren sus derechos conforme a las normas y tribunales que ellas libremente pacten.

Es interesante esbozar un concepto textual vertido por el Dr. Julio Cesar Rivera: *"...el arbitraje, en su modalidad de tribunales consulares integrados por mercaderes, es una de las instituciones fundacionales del Derecho Comercial. Estos tribunales resolvían no según el Derecho Romano sino conforme a las prácticas y usos del comercio del lugar. Esta jurisdicción nació, seguramente en los*

lejanos puertos orientales donde los comerciantes allí asentados no podían recurrir a otra autoridad, pero pronto se difundió a las ciudades italianas y luego al resto de Europa e incluso a las Indias en donde la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao la realizaba el Tribunal del Consulado. Esta Jurisdicción consular fue el gran instrumento de la Lex Mercatoria; en sus orígenes, una de las razones por las cuales ésta adquirió vitalidad fue porque resultaba aplicada por los propios mercaderes a través de sus propios tribunales. Sobre el punto hemos dicho antes:"En esta concepción la participación del Estado era nula; en realidad, todavía no estaban formados los Estados nacionales, y por ello regían sistemas de derecho con vocación universal: el Derecho Romano, el Derecho Canónico y la Lex Mercatoria". (8)

Como ya manifestamos, con la aparición del Iluminismo el Estado se apropia como único productor de normas jurídicas y plasma los valores de la revolución en lo que se denominó la Codificación del Siglo XVIII, a través de la cual la burguesía logró la seguridad jurídica en las concesiones que se hicieron hacer o se hicieron ellos

---

(8). RIVERA, JULIO CESAR, Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto al arbitraje, www.rivera.com.ar

mismos a través de los instrumentos otorgados en el reemplazo de una forma de gobierno por otra. Primando la aplicación de la libertad de lo pactado entre las partes fueron los sectores más débiles de las relaciones jurídicas comerciales los que se vieron afectados, particularmente en una cuestión que no concierne a este trabajo pero a la que haremos mención sólo por la trascendencia social que su relevancia adquirió con el correr del tiempo, las relaciones contractuales laborales.

Ya en los comienzos del siglo XX se produce el fenómeno de la producción en masa implementando la línea de montaje que se da en denominar FORDISMO, a través del cual se producen grandes cantidades de un solo producto utilizando tecnología de punta de la época, siendo el paradigma de dicha forma de producción el FORD T, pero lo que desde una visión lejana e inatenta puede parecer puramente beneficioso, resultó con el transcurso del tiempo, el fortalecimiento de los denominados emporios económicos, germen de los monopolios en materia de comercio y de servicios. Los grandes monopolios comienzan a gestarse, toman conciencia de su capacidad de negociación y que en realidad lo único que los diferencia de los Estados propiamente dichos es la no posesión de

un ejército propio y la ausencia de un territorio en el que asentar señorío.

De esta forma comienzan a gestarse los contratos por adhesión, las denominadas cláusulas compromisorias, etc. cuya característica no es la libertad contractual de las partes sino la imposición por parte de una de ellas y la adhesión por parte de la otra en todas y cada una de sus cláusulas sin la posibilidad de discusión u objeción por parte del adherente.

Así se podría interpretar que las cláusulas compromisorias son la forma de relacionarse que tienen los grandes empresarios comerciales, siendo los contratos por adhesión la manera de relacionarse con los consumidores que en la relación de consumo son la parte débil. Debe quedar claro que los contratos por adhesión y las cláusulas compromisorias se vinculan en una relación de género y especie en virtud de que los primeros contienen usualmente cláusulas compromisorias o de arbitraje.

La cuestión planteada recurrentemente es la que nos muestra que las cláusulas compromisorias generan una potenciación del poder de negociación de las grandes empresas y monopolios nacionales e internacionales, en particular cuando dicha ventaja sea propiciada

por organismos corporativos creados al efecto de resolver este tipo de cuestiones. Sin embargo este argumento ha sido contestado con no poco éxito mediante los siguientes argumentos que transcribimos: "Es cierto que la Lex Mercatoria tiene como una de sus fuentes principales a los mismos modelos contractuales que circulan universalmente y a los que debe reconocer fuerza normativa, pero también lo es que aquélla no excluye la protección de la parte más débil de la relación jurídica. Evidencia de ello es que los principios para los Contratos Comerciales UNIDROIT contemplan no solo los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia), sino también la lesión (bajo la denominación de "gross disparity", art.3.11), la imprevisión bajo la cláusula hardship (art. 6.2.1) y, a nuestro juicio, incluso la idea de frustración de la causa como supuesto de extinción del contrato. Por lo demás hay en el razonamiento de estos objetores un error evidente: los árbitros han de aplicar en primer lugar el derecho de fondo que las partes hayan elegido para regular su contrato; sólo en algunas circunstancias podrían prescindir de un derecho nacional para aplicar la Lex Mercatoria. En efecto, esta ley es idónea para resolver el conflicto, sea al tiempo de la celebración del contrato o en etapas posteriores, sea explicita o implícitamente con exclusión de una Ley Nacional,

aunque ciertos ordenamientos nacionales lo autorizan también cuando ello es requerido por las necesidades del comercio internacional. Tratando de sistematizar la cuestión, se apunta que sería aplicable la lex Mercatoria en estos casos:

- Cuando las partes rechazan la aplicación de una ley nacional;
- Cuando la transacción es tan internacional que no puede ser resuelta bajo la influencia de un sistema legal nacional;
- Cuando las partes, expresa o implícitamente pretenden que su contrato sea gobernado por reglas y principios "neutrales" no derivados de ninguna ley nacional;
- Cuando el contrato es gobernado por una ley nacional pero es imposible encontrar una regla aplicable al conflicto específico.

En síntesis, la Lex Mercatoria resultará aplicable cuando las partes se hayan referido a ella como fuente para la regulación de su contrato o de algún modo hayan excluido la aplicación de cualquier ley nacional.

Y finalmente, es falso el argumento de que el procedimiento arbitral se usará para no aplicar la normativa estatal de orden público. Esto

lisa y llanamente no es así, porque si el caso ha de resolverse por el ordenamiento estatal que las partes hayan elegido, ello comprende en primer lugar, las reglas imperativas; y por encima de todo la Constitución Nacional. En otras palabras, el árbitro esta constreñido a aplicar la normativa de orden publico que corresponda al caso. Ello queda claramente reflejado en la convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que autoriza a denegar el reconocimiento y ejecución del laudo que contraríe el Orden Público del Estado en el cual se lo pretenda (art. , v. 2, inc. b). En Argentina, en una sentencia muy importante, dos de los jueces señalaron que "...si el laudo a fin afectase el Orden Público estatal sus jueces no podrían reconocerlo....". (9)

Sin perjuicio del respeto que nos merece el trabajo del Dr. Rivera, el resultado del fallo citado nos genera ciertas objeciones en virtud del

---

(9). Meller Comunicaciones S.A., UTE c/ENTEL, LL 2003-B-906, voto de los Doctores Boggiano y Nazareno. Se lo concidera un precedente del caso Cartellone en el cual se reitera la excepción de Orden Público: CSN, 1/6/04, José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor S.A., LL 2004-E-266. Rivera, Julio Cesar, Arbitraje y Poder Judicial- Los Prejuicios de los Jueces respecto del Arbitraje y CSN, 5.11.02, www.rivera.com.ar

trasfondo político que dio lugar a su dictado, ya que lamentablemente no son pocas las oportunidades en las que la recta aplicación del derecho se ve superada por la realidad social y política que la circunda.

CAPITULO III

La Contratación Internacional en el Ciberespacio

"El concepto de soberanía de los Estados debe ser cuestionado. 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 ser definitivamente limitada en una serie de direcciones...". (10)

Ernesto Laclau

El ciberespacio se concibió como un lugar o un espacio de libertad frente a la regulación gubernamental. Pero en realidad tanto los gobiernos como el comercio se han puesto de acuerdo en otorgarle la regulación jurídica correspondiente.

En nuestro país la ley aplicable a un conflicto internacional suscitado

---

(10). MARZORATI, OSVALDO, "Jurisdicción competente y ley aplicable en las relaciones jurídicas formuladas en el ciberespacio" LL Año LXVIII, Nº 130

en una contratación internacional se basa en el principio de la autonomía de la voluntad sustentado por la doctrina mayoritaria y por precedentes jurisprudenciales que refieren al art. 1197 del Código Civil, por lo establecido en la convención de Viena en materia de compraventa comercial, por la convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales del año 1994 (CIDIP V) por normativa elaborada en el ámbito del MERCOSUR. Este tema de la ley aplicable, que a simple vista parece sencillo se torna complejo cuando el contrato internacional se formaliza vía Internet y las partes no acuerdan qué ley lo regulará, aquí tomaremos brevemente los conceptos esbozados por Mario Oyarzabal. "El derecho Internacional Privado actual sigue utilizando básicamente el método elaborado por FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY en el siglo XIX.

Su método consistió en correlacionar las relaciones jurídicas con los territorios en los cuales esas relaciones parecían por naturaleza estar mas adecuadamente conectadas. Los contratos, por ejemplo, estarían mejor regidos por las leyes del país del **cumplimiento de la obligación** (el destacado nos pertenece) y las obligaciones que nacen sin convención estarían vinculadas con el territorio del país

donde se produjo el **hecho licito o ilícito de que proceden** (el destacado nos pertenece).

Hoy nos encontramos con un medio de comunicación no geográfico y no territorial, para el que la noción de "lugar" no tiene tanta trascendencia.

En materia contractual, tradicionalmente la tarea mas difícil ha sido la de determinar donde una obligación se consideraba que ha sido ejecutada. En la contratación electrónica, la cuestión que se presenta más frecuentemente es que constituye ejecución: ¿hacer la información accesible al usuario medio, o proveerle una guía individual para asegurarse de que efectivamente la obtenga? Por lo que cabe preguntarse si el cambio de la geografía al ciberespacio no requiere también un cambio en el enfoque del conflicto de leyes.

El profesor SIEGFRIED EISELEN, de La Universidad de Potchesftroom of CHE de Sudáfrica, ha escrito un completo y autorizado estudio sobre la formación del contrato en el marco de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías frente al uso de las nuevas tecnologías como el fax, el intercambio electrónico de datos (DEI) y la Internet. El resultado de sus estudios es que las disposiciones y principios

subyacentes en la Convención de Viena constituyen un cuerpo normativo suficientemente robusto y flexible para dar respuesta adecuada a los cambios y desafíos impuestos por las nuevas formas de comunicación en la celebración de compraventas internacionales.

Es usual que los contratos electrónicos contengan una **cláusula de elección de ley aplicable** (el destacado nos pertenece) porque las empresas son normalmente muy cuidadosas en identificar las implicancias legales de sus contratos. Una cláusula estándar de elección de ley aplicable del estilo "este contrato se rige por la ley argentina" (usualmente del comerciante o del proveedor de Internet) es enviada al cliente por escrito o aparece en el monitor cuando el usuario utiliza el portal o los servicios del mismo.

Ahora bien, la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable solo se admite en contratos internacionales, es decir, que ponen en contacto diversos sistemas jurídicos nacionales. En Internet, en los contratos de ejecución enteramente virtual (Ej. Una compraventa de un Software, de un libro electrónico, o de una grabación musical cuya entrega se produce mediante la descarga (downloading) en la computadora desde Internet, o una prestación de servicios como el acceso a una biblioteca on line, a una base de datos, etc.) el

contrato es internacional cuando las partes **están domiciliadas o residen en países diferentes** (el destacado nos pertenece). La ley modelo sobre comercio electrónico introduce acertadamente este criterio en el articulo 15.4.

Algunos autores han señalado a la lex mercatoria que se desarrollo en las ferias europeas de la edad media como un posible modelo de ley para el ciberespacio. La unificación de un nuevo derecho común del ciberespacio –se ha dicho- tendría la ventaja de suprimir las grandes dificultades que traen aparejados para el comercio electrónico los conflictos de leyes entre los diversos países. Y la razón es simple: disposiciones directas y sustanciales universalmente uniformes establecerían las soluciones definitivas a las cibercontroversias. Ello aumentaría la certeza y predictibilidad de las actividades on line. Matthew Burnstein sostiene que ésta law cyberspace, al ser una legislación en constante formación, tendría una mayor capacidad para responder y adaptarse a los desarrollos tecnológicos y jurídicos.

Resulta posible identificar un cuerpo de reglas como integrantes de una incipiente lex electrónica (el destacado nos pertenece). Comprende en primer lugar una serie de principios generales

aplicables en el mundo virtual, que pueden o no ser universales, como la libertad de expresión y de comunicación en la red y de no discriminación del medio digital. En segundo lugar incluye las reglas desarrolladas en convenciones internacionales y en otros documentos elaborados por expertos de organizaciones internacionales, como las leyes modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y sobre las firmas electrónicas y la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico. Por ultimo, cabria agregar las reglas derivadas de modernas legislaciones nacionales donde el comercio electrónico ha alcanzado gran desarrollo y que se adecuan bien a las transacciones internacionales, como el "Uniform Comercial Code" de Estados Unidos. Pero es menester advertir que estas reglas están todavía en proceso de formación y sus contenidos no son siempre precisos y constantes.

Desarrollaremos otro tema de gran complejidad como es la determinación del juez competente, dado que el autor del sitio puede estar domiciliado en un lugar, el proveedor de Internet que le da acceso a la Red estar domiciliado en un segundo lugar y el usuario del sitio en un tercer domicilio. Para solucionar este dilema de tener que determinar qué juez debe entender en cada caso existen en el mundo distintas posturas:

- Una de ellas es la creación de una normativa material Ad Hoc.
- Otra postura es la que sostiene que hay que acudir a las tradicionales reglas del Derecho Internacional Privado. Para esta doctrina los problemas que plantea Internet no son nuevos, sólo están presentados con un ropaje tecnológico que los hace novedosos y proponen la creación de un Magistrado Virtual para la solución de los conflictos.

Consideramos necesario aquí decir qué entendemos por contratación electrónica o por medios informáticos "Es la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo". En esta nueva modalidad contractual tenemos que analizar también qué vigencia tiene el concepto tradicional de firma. Las notas a los artículos 916 y 3939 del Código Civil proveen la noción tradicional de la firma. En la primera se lee que "la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma". En la segunda se expresa que la firma "es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esa formalidad". Pero

la firma escrita, como expresión de la voluntad, no existe en INTERNET. Como herramienta derivada del mismo sistema de comunicación el e-mail le permite a un individuo enviar un mensaje electrónico (similar a una carta o una nota) a otro individuo o a un grupo de destinatarios, y cada uno tiene su propia dirección similar a un número telefónico. Dos características importantes de esta nueva forma de comunicación son la desmaterialización resultante de sustituir el soporte papel por el soporte electrónico en la contratación, y la internacionalización de los negocios. La expresión e-commerce es aplicable a la negociación mediante Internet entre empresas o entre empresas y consumidores que adquieren mercaderías o servicios. Con respecto a la normativa vigente tendiente a dar solución a los inconvenientes planteados por esta nueva tecnológica podemos decir que la misma es abundante a nivel mundial. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la UNCITRAL establece "que no se negara validez o la fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos" (artículo 11), también dispone que las relaciones entre el iniciador y el destinatario "no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en

forma de mensaje de datos" (artículo.12). La Directiva europea sobre comercio electrónico 2000/31 del 8 de Junio de 2000 establece en su Artículo 9.1: "Los Estados miembros velarán porque su legislación haga posibles los 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". La ley argentina de firma digital 25506 dispone en su artículo 1 "Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece la presente ley". En su artículo 2 prescribe que "Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar el firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares

tecnológicos internacionales vigentes". Otra de las prescripciones de esta Ley que consideramos importante transcribir es lo normado en el artículo 11 "Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, **valor probatorio** (el destacado nos pertenece) como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación".

Nos parece importante hacer mención al artículo 1154 del Código Civil, el que establece la **teoría de la remisión** (el destacado nos pertenece) en materia de contrato entre ausentes para considerar la aceptación de la oferta. Es de invalorable utilidad para la contratación internacional en el ciberespacio contar en nuestro derecho interno con un instrumento como este artículo que refleja la visión jurídico legal del Vélez Sarfield quien no pudo ni siquiera imaginar en 1869 las condiciones políticas, sociales y tecnológicas que rigen las relaciones comerciales hoy en día.

Lo antes expresado asombra por encajar tan perfectamente en el esquema de soluciones que plantea la doctrina y jurisprudencia en materia de contrato entre cibernautas.

La Jurisdicción en el Ciberespacio

Es importante resaltar la diferencia existente entre competencia y jurisdicción. La competencia es la atribución legítima a una autoridad para el conocimiento o resolución de determinados supuestos de hecho. Así la Constitución Nacional delimita la competencia del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial, por ejemplo un juez es competente cuando puede ejercer sus facultades delimitadas en función de ciertos criterios los cuales son la competencia en razón de la materia, en razón del territorio y en razón de las personas.

La jurisdicción es la acción de decir el Derecho, es la función específica de los Jueces que pude ser atribuida excepcionalmente a los Árbitros.

Es por ello que decimos que la competencia es la medida de la jurisdicción y que todos los Jueces poseen jurisdicción mas no así competencia.

El ciberespacio señala Dowres-MUI "Será el lugar en el que la riqueza se cree y distribuya y todavía se mueve sin fronteras, no está regulado, es abierto y democrático". Desde esta postura "se

entiende al ciberespacio como una nueva jurisdicción (el destacado nos pertenece) que atraviesa transversalmente a las otras jurisdicciones ya existentes (Internacional, Comunitaria, Nacional, Provincial y Municipal)".

Vamos a señalar un fallo de la CSJN en materia de jurisdicción y competencia en el que resolvió "… en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse, sobre la base de normas de Jurisdicción Internacional en materia contractual, a saber los artículos 1.215 y 1.216 del Código Civil que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia del deudor estuviera en la República Argentina, o, concurrentemente cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella … en ausencia de solución convencional específica cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la república justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos".

La CSJN siempre ha interpretado, con gran amplitud, el artículo 75 inciso 13 de la Constitución Nacional, y tal criterio fue reiterado en el caso Cámpoli el que se basa en lo que el derecho internacional denomina contactos mínimos.

Coincidiendo con Osvaldo Marzorati creemos que el principio de los contactos mínimos puede válidamente en supuestos análogos (ausencia de solución convencional) aplicarse a casos de conflictos surgidos en la contratación realizada en el ciberespacio.

Para finalizar el presente capítulo queremos resaltar que en esta novedosa forma de contratación, nos encontramos con institutos e instrumentos jurídicos tradicionales como la jurisdicción, la competencia, la firma, las partes y el contrato los cuales van a tener que ser adaptados por la Ciencia Jurídica a la realidad tecnológica reinante en el actual Estado Constitucional de Derecho Internacional.

CONCLUSIÓN

Surge sin duda como conclusión que las nuevas modalidades contractuales no traen consigo nuevos problemas que requieran soluciones distintas a las ya existentes sino tan solo una adecuación razonada, consensuada y útil realizada por los operadores del sistema jurídico internacional en quienes descansa la tarea.

Así existen normas nacionales, como la ley de defensa del consumidor número 24.240, los artículos 1.154, 1.155 y concordantes del Código Civil, por sólo citar algunas normas antes mencionadas que se amoldan perfectamente a la solución de controversias internacionales.

Me manifiesto vehementemente en contra de la proliferación de tratados internacionales que por su cantidad y calidad de materias reguladas, tienden a contradecirse con otros instrumentos internacionales y muchas veces incluso se contradicen flagrantemente con normas de derecho interno de los países ratificantes.

Así mismo nos parece atinente hacer mención a la incidencia de las nuevas formas asociativas interestatales en la creación y evolución

de las formas contractuales esbozadas por ser su aporte de invalorable importancia, y en muchos casos motorizadoras de su existencia.

De todo lo expuesto hemos intentado como ya lo hemos expresado plantar la semilla de la duda en el lector a los efectos de que este trabajo sirva como disparador de futuras investigaciones superadoras de esta en cuanto a las nuevas modalidades contractuales que nos plantean la existencia de la internet, la globalización de las comunicaciones, los medios de transporte y los desafíos tecnológicos en general.

BIBLIOGRAFIA

1. Derecho Internacional Privado, Victoria Basz y Elisabet Campanella, Rubinzal Culzoni, primera edición, año 1999.

2. IVALE, CORINA ANDREA, La jurisdicción en los contratos de consumo celebrados ON LINE en el ámbito del MERCOSUR, profesora adjunta de Derecho Internacional privado, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

3. ADRAGUEAR, EDUARDO, VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Ponencia 21, www.aaba.org.ar

4. STIGLITZ, GABRIEL, Ley de Defensa del Consumidor, Serie de textos actualizados de la ley con doctrina y jurisprudencia, 1999, Editorial La Ley S.A., página XVIII.

5. CANTEROS, MONICA A., Las empresas de turismo, www.eco.umme.edu.ar, revista 03/01

6. FARINA, JUAN M. Contratos Comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria, 3ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial Astrea, página 395

7. RIVERA, JULIO CESAR, Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto al arbitraje, www.rivera.com.ar

8. MARZORATI, OSVALDO, "Jurisdicción competente y ley aplicable en las relaciones jurídicas formuladas en el ciberespacio" LL Año LXVIII, Nº 130

Jurisprudencia

1. (S.C. Tucumán, 4-8-1954, La ley t.78, p.477)

2. Meller Comunicaciones S.A., UTE c/ENTEL, LL 2003-B-906, voto de los Doctores Boggiano y Nazareno. Se lo considera un precedente del caso Cartellone en el cual se reitera la excepción de Orden Público: CSN, 1/6/04, José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor S.A., LL 2004-E-266. Rivera, Julio Cesar, Arbitraje y Poder Judicial- Los Prejuicios de los Jueces respecto del Arbitraje y CSN, 5.11.02, www.rivera.com.ar