



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACION

Proyecto de Investigación: Resolución electrónica de conflictos en el ámbito nacional e internacional: Avances hacia la implementación del expediente electrónico

Directora del proyecto: Dra Mónica Sofía Rodríguez¹

Informe de avance

Diciembre 2010

¹ ¹ Doctora UBA en Derecho Internacional; Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de UCASAL; Profesora Adjunta regular de la Facultad de Derecho de la UBA en las asignaturas Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Docente de la Maestría en Derecho Internacional Privado –UBA, y Derecho de los Negocios Internacionales – UCES; Directora del Proyecto de Investigación “Jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica” (UCES). Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Dr. Ambrosio L. Gioja. Coordinadora Académica del Instituto de D.I.Pr. del Colegio de Abogados de San Isidro. Coordinadora del Suplemento de D.I.Pr. de elDial.com.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LÍNEA.

Prólogo – Objetivos generales. Objetivos específicos. Hipótesis iniciales. Metodología. Marco Conceptual: Concepción amplia o restringida – El comercio electrónico: Origen y evolución. Concepto de e-commerce - Ventajas de la utilización de las tecnologías de información telecomunicaciones – Estado del Arte: Ámbito Interno comparado; Brasil, Uruguay, Paraguay, Chile, Otras legislaciones – La República Argentina: La ley 25.506 Ámbito regional- Ley aplicable en el comercio electrónico: Armonización legislativa – Contrato internacional: Concepto. Formación del Contrato - Contrato internacional electrónico. Su calificación según el medio electrónico utilizado – Contratos simultáneos y no simultáneos. Teorías. Forma de los contratos electrónicos – Ley aplicable: Autonomía de la voluntad – Lex Mercatoria – Ley aplicable: Ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad – Jurisdicción e Internet. Jurisdicción directa - Cibercultura Judicial - Avances de la Argentina hacia la informatización del Poder Judicial de la Nación – Sistema judicial de notificaciones electrónicas. El plan de gestión digital de causas previsionales. Sistema judicial de notificaciones electrónicas – La digitalización de causas. El plan de gestión digital de causas previsionales. El poder electrónico. Un avance hacia los pagos judiciales online. La situación del fuero laboral. La transformación tecnológica del Poder Judicial. Los Edictos Online - Prórroga de Jurisdicción – Online Dispute Resolution – Los pro y los contra de la resolución de conflictos en línea: Una evaluación de los sitios web - Uso de Tecnologías y la mediación en línea- Cyber-Negociación Completamente automatizado - Ventajas de la Cyber-Mediación - Desventajas de la Cyber-Mediación - Arbitraje on line o electrónico: Principios del pacto arbitral electrónico – Factores determinantes del éxito del arbitraje on line - Validez del acuerdo electrónico: Cláusulas de elección de foro en el derecho argentino – Fuente Interna – Fuente Convencional - La Ley Modelo sobre firma digital – Ley Modelo sobre Comercio Electrónico – Independencia e Imparcialidad – Garantía del Debido Proceso – Práctica de la Prueba - Algunas resoluciones judiciales al respecto – La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia- Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos - Reconocimiento y Ejecución de laudos electrónicos – Deslocalización del arbitraje electrónico: La sede territorial ficticia. La sede virtual deslocalizada – Conclusión – Bibliografía.

PRÓLOGO.

El mundo se ha visto profunda y rápidamente transformado por el desarrollo tecnológico y la llamada revolución digital en el campo de las comunicaciones ha provocado que la doctrina defina esta era como la “*sociedad de la información.*”

En consonancia con esta nueva era de la información existe una acelerada tendencia hacia la digitalización e informatización de todas las actividades públicas, privadas, económicas, sociales, educativas y, especialmente las comerciales, hecho que está cambiando y redefiniendo estas actividades, con manifestaciones tales como el e-bussines o el e-commerce.

El desarrollo del conocimiento y de la ciencia se produce cíclicamente, y a medida que los avances tecnológicos y los descubrimientos científicos proporcionan respuestas y dan solución a diversos interrogantes o problemas, los mismos avances tecnológicos nos colocan frente a nuevas situaciones y motivan nuevos planteamientos, cuestionamientos y problemas, cuya regulación, como es lógico no fue prevista legislativamente.

Así, el despliegue de la informática ha posibilitado el desarrollo de Internet, instrumento que con sus múltiples aplicaciones ha proporcionado solución a un conjunto de problemas (mejora el acceso a la información, posibilita la comunicación instantánea, la remisión de documentos en cuestión de segundos, etc.) pero, a su vez, nos coloca frente a nuevos desafíos, abre nuevos interrogantes que deben ser respondidos, y provoca nuevos inconvenientes, conflictos, que deben ser solucionados por el derecho en su función reguladora de un orden social pacífico y en armonía.

En el área que nos propusimos desarrollar en esta investigación, nos encontramos que las nuevas tecnologías han facilitado la contratación a distancia y la contratación internacional (a veces, en forma inadvertida por las partes que superan las fronteras estatales al momento de su celebración), y surgen así los contratos electrónicos a nivel internacional, que nos enfrentan a la necesidad de su abordaje, tratamiento y regulación jurídica.

Conforme advierte la doctrina, “esta facilidad y rapidez para obtener contactos en los más variados lugares del planeta, fue naturalmente aprovechada y optimizada por los sujetos intervinientes de la actividad económica, desarrollándose así un redireccionamiento de internet, en un sentido más comercial a través del llamado comercio electrónico”. De este modo, “para los potenciales consumidores, la situación también parece ser muy favorable: se posee un acceso irrestricto de los bienes y servicios y se posee la facultad de elegir entre los proveedores que le ofrecen mejores condiciones de compra. Todo esto, en un tiempo más reducido y sin siquiera salir de casa, pues muchas veces, los costos serán más provechosos e interesantes que aquellos practicados en el mundo real”.²

Esta interacción de los sujetos ocurre en el escenario global, mundial, internacional, sin encerrarse en las fronteras estatales y con tal 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 teclado o ratón del computador.

Internet ha resultado ser el fenómeno de más rápida expansión en la historia. Sitios de Internet, plataformas electrónicas, correo electrónico, son las nuevas modalidades usadas no solo por los particulares, sino también por el propio Estado, para desplegar actividades de diversa índole, especialmente económica.

La Internet y los adelantos que lo han hecho posible, no sólo han contribuido a que se produzcan cambios en el terreno de las comunicaciones, sino que también han propiciado un amplio desarrollo de una nueva economía denominada “*economía digital*,” reflejado en los mercados financieros y el flujo comercial, así como en las innovadoras formas de comercio y las nuevas posibilidades para los usuarios y consumidores.

² Cfr. TINAJEROS ARCE, Érika Patricia. “La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur”. En: *Revista de Direito do Consumidor*. N° 54. Abr, jun. 2005, p. 173-174.

En muchas regiones del globo ha empezado a cambiar de forma significativa la manera en que los particulares, las empresas y los gobiernos estructuran su labor, sus relaciones y la forma en que llevan a cabo sus actividades comerciales.

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.

Empero, el comercio electrónico ingresa en actividad cotidiana, en la vida de las personas sin la existencia de un marco regulatorio preciso, dejando, de esta forma, a la mayoría de los usuarios en una situación de posible desprotección. Muchas veces, las partes involucradas en una compraventa realizada por medio electrónico se ven insertas en un contexto en donde se vislumbra la posible aplicación de un derecho que no es el suyo. No obstante, pese a las dificultades enfrentadas por el comercio virtual, el número de consumidores que adquieren productos y servicios por internet viene aumentando.

En este escenario, la preocupación actual, con relación al consumo internacional por internet, tiene que ver con la necesidad de establecer normas o estándares de protección, dado que existen diversas barreras y dificultades impuestas por las transacciones realizadas por esta vía, tales como la lengua, las normas, las diferentes costumbres, la falta de información y de transparencia, la inseguridad con relación a la entrega del bien, etc³.

Se puede decir entonces, que las nuevas modalidades de contratación utilizando tecnología (de diverso grado de avance) e informática, le ha aportado nuevos matices a la forma tradicional de contratación, tales como la instantaneidad, la interactividad, la virtualidad y la ampliación de las fronteras, factores que merecen especial atención por parte del legislador nacional, ya que generalmente el usuario o consumidor es la parte más débil o vulnerable

³ Cfr. MILANO VAZ, Patrícia. "O Consumo Internacional através dos Provedores de Acesso à Internet." En: *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 52. Oct, dic. 2004. p. 95.

de la relación jurídica y por lo tanto, necesita mayor protección, aún más cuando se maneja en el ámbito de la negociación internacional.

En ese marco, una cuestión de especial relevancia y delicadeza es acerca de cómo armonizar los derechos nacionales, cómo construir una regulación que constituya una base segura de las negociaciones, de la contratación por medios electrónicos, con la debida protección de todas las partes intervinientes y la consideración de todos los intereses en juego.

El advenimiento de Internet, un fenómeno que, dado su naturaleza digital trasciende fácil e imperceptiblemente las fronteras estatales, ha abierto un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre las que se destacan desde el acceso a la información, la educación a distancia, la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, los delitos, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria, la celebración mediante esa modalidad tecnológica de variadas transacciones internacionales, hasta la posibilidad de buscar por este mismo medio la solución de los posibles conflictos emergentes.

En Internet, estas cuestiones se complican por el hecho de que una o más de las partes que intervienen en las actividades comerciales -en particular, los usuarios de Internet, los proveedores de servicios y de contenido, los compradores, los vendedores, las empresas (y sus activos), los sistemas tecnológicos y los servidores informáticos- pueden encontrarse en países diferentes.

La incertidumbre puede surgir, no sólo respecto del *lugar* en que se realizan las actividades en cuestión, sino que pueden llegar a tener consecuencias previstas o imprevistas en todo el mundo, lo que provoca incertidumbre cuando hay que localizar la controversia, determinar el derecho aplicable en base a la búsqueda y aplicación del derecho que sea más acorde a su propia naturaleza, aquel orden jurídico con el que la relación tenga vínculos o contactos reales; regular el cumplimiento o buscar alternativas adecuadas de solución de controversias.

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, hasta alcanzar su destino. Así se ha dicho que las direcciones de Internet no tienen una ubicación fija, son puramente conceptuales. Los *routers* que dirigen los paquetes hacia una dirección a una velocidad de entre 100.000 y 500.000 por segundo sólo pueden saber cuál es el siguiente punto lógico en una tabla de encaminamiento y qué circuito puede llevar el paquete. Los paquetes viajan libremente por el globo mediante numerosos circuitos y se dirigen a puntos finales geográficamente indeterminados. La tecnología garantiza que los paquetes se vuelvan a colocar en el orden correcto y que no se vean alterados por errores de datos.<http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html> - 45#45⁴

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 realizado por medios electrónicos no es una novedad. Sin embargo, la aparición de Internet, una "red de redes" sin normas registradas, ha dado lugar a una expansión internacional extraordinaria respecto del número de usuarios y la gama de aplicaciones útiles en nuestra vida cotidiana.

El comercio electrónico abarca actividades de banca electrónica, culturales, de salud, de viajes, de esparcimiento, de información, entre tantas otras, que

⁴. MATHIANSON , J. R y KUHLMAN, C. C.: "International Public Regulation of the Internet: Who Will Give You Your Domain Name?" en <http://www.intlmgt.com/domain.html> (marzo de 1998).

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 posibilita cubrir el globo en milésimas de segundos. Más aún, como ya dijimos, los usuarios pueden no reparar en el cruce de las fronteras, en los límites políticos de los derechos estaduales y ello les sucede de forma inadvertida, casi imperceptiblemente.

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.

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.⁵

De tal modo que puede entenderse como comercio electrónico en un sentido amplio, el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios informáticos, digitales, incluyendo texto, sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global, utilizando redes informáticas y muy especialmente Internet, el cual permite crear el mercado electrónico, operado

⁵ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana B; RODRIGUEZ, Mónica Sofía; MEDINA Flavia: "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado". Ponencia presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas los días 20, 21 y 22 de octubre de 2005, en el Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos aires, Argentina.

por ordenador y a distancia, de productos, de bienes, de servicios, de tecnologías, entre otros.

Entonces vemos como el alcance de esas innovaciones tecnológicas en el área de la comunicación informática, ha transformado el comercio internacional en una actividad de mayor trascendencia económica, política y social.

En lo que respecta a la formación del negocio jurídico electrónico, encontramos un primer obstáculo en la determinación de la calidad de ausentes o presentes de las partes. No obstante la cuestión es bastante más compleja, dificultad que se origina en dos problemas principales.

El primero, se refiere a la naturaleza relativa que han adquirido en Internet las categorías filosófico jurídicas de tiempo y espacio, a las que para distinguirlas de las categorías clásicas se las ha denominado virtuales, habiéndose incluso comenzado a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los usos horarios.

Sobre el particular piénsese, por ejemplo, en la circunstancia de que en la contratación electrónica no tiene sentido hablar de horas hábiles u horario comercial y que las transacciones comerciales han debido desarrollar sus propias reglas relativas a horarios de comunicaciones. También debe ser considerada la inmediatez de las comunicaciones electrónicas que hace que no tenga, en la gran mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, ello sin importar los lugares del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores del proceso comunicacional.

Al respecto puede afirmarse que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta es insignificante sin importar la distancia física, de ahí a que se haya acuñado el concepto ya referido de *aldea global*.

El segundo problema se relaciona con el hecho de que el concepto “nuevas tecnologías de la información” engloba medios de comunicación muy diversos que deben, en consecuencia, ser analizados por separado para su adecuada calificación dentro de las mencionadas categorías de procesos negociales entre presentes o entre ausentes.

En ese marco, una cuestión de especial relevancia y delicadeza resulta aquella de decidir la manera de armonizar los derechos nacionales, cómo construir una regulación que constituya una base segura de las negociaciones, de la contratación por medios electrónicos, y la solución de conflictos que se originen en este marco.

Pues bien, el Proceso Electrónico Judicial es la forma más moderna, económica y expedita para poder acceder a la administración de justicia, no obstante lo compleja que se torna hoy para algunos; es el medio que en un futuro facilitará todas las tareas judiciales que hoy nos embargan en razón a los volúmenes de expedientes que en soporte papel y que de forma clásica se tramitan en los diferentes estrados judiciales del país. En un futuro no muy lejano podrán acceder todos los usuarios del sistema judicial y no tendrán que sortear traslados, colas, largas esperas, los abogados no deberán efectuar maratónicos recorridos por toda la ciudad o provincia para consultar los expedientes en los juzgados, sino que tendrán acceso desde las terminales situadas en los Colegios de Profesionales, o desde sus estudios.

A ello, se suman los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea (alternatives dispute resolutions) que se han desarrollado como métodos eficaces para ofrecer a los cibernautas un ámbito seguro, a bajo costo y especialmente de fácil acceso para intentar sus reclamos originados por actividades desarrolladas, acuerdos y contratos celebrados en la red.

Como es habitual, la actividad privada se adaptó a esta nueva modalidad de comunicación utilizándola tanto desde la celebración del contrato, con el desarrollo de diversas actividades en la red, como así también de manera temprana advirtió las ventajas de los procedimientos on line y buscó dar las seguridades y garantías necesarias a los usuarios, por lo que dichas experiencias resultan invaluableles al momento de encarar la informatización del Poder Judicial, y la implementación del expediente electrónico.

En la presente investigación nos habíamos trazado mínimos objetivos generales y específicos, y propusimos la elaboración de algunas hipótesis iniciales de trabajo, que como es de suponer, y habitualmente sucede, sufrieron

algunas leves modificaciones durante el proceso, pero que sirvieron de guía, de orientación y ordenaron en nuestra labor. Ellos son:

OBJETIVOS GENERALES.

- ❑ Analizar los principales escollos que plantea el uso de los medios de comunicación electrónica en el marco de un proceso de solución de controversias, en virtud a su falta regulación adecuada por parte de los distintos ordenamientos jurídicos.
- ❑ 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 en el derecho comparado, reguladoras de las comunicaciones electrónicas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ❑ Analizar y justificar la necesidad de la aceptación de los aspectos informáticos en el marco de los procesos de solución de conflictos – judiciales o arbitrales-, en cuanto a su aceptación como medios de prueba, realización de notificaciones, entre otros.
- ❑ Analizar la posible aplicación de los criterios clásicos sobre ley aplicable y jurisdicción competente en materia de comunicaciones electrónicas.
- ❑ 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.
- ❑ Evidenciar los aspectos relativos a la seguridad informática en la tramitación del procedimiento judicial o arbitral.
- ❑ Efectuar el estudio y análisis crítico de los principales avances efectuados en el ámbito local hacia la implementación del expediente judicial electrónico.

HIPÓTESIS INICIALES

- Las transacciones electrónicas plantean, entre otros interrogantes, el de la determinación de los jueces competentes para la resolución de los conflictos.
- 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.
- El Derecho Internacional Privado posee, asimismo, criterios válidos para la comunicación electrónica que pueden ser implementados en la colaboración judicial internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos electrónicos, medidas probatorias y cautelares que garanticen el debido proceso y la seguridad jurídica.
- En relación con la jurisdicción internacional en materia de solución de conflictos, los métodos alternativos de autocomposición y la prórroga a favor de tribunales arbitrales resulta ser una alternativa viable y eficaz que ha adoptado mecanismos que pueden aplicarse igualmente en los procesos judiciales con similar resultado.
- Los principales obstáculos en la implementación del expediente judicial o el procedimiento judicial informático no son de índole jurídica, sino que radican –además de las cuestiones económicas- en la desconfianza de los operadores.

METODOLOGÍA

La temática propuesta se desarrolló teniendo en cuenta las teorías, los principios, las reglas, los criterios propios del Derecho Procesal, y del Derecho Procesal Internacional. Se partió de la aseveración de que las soluciones del Derecho Internacional Privado se revelan como eficientes para su implementación en materia de contratación electrónica y mecanismos de solución de conflictos, dado que no generan costos de transacción o conducen

a largos procesos para resolver las cuestiones de derecho procesal aplicable y jurisdicción competente al cual ajustar la resolución de las desavenencias.

Desde la perspectiva de esta disciplina, y frente al fenómeno electrónico efectuamos algunos cuestionamientos e interrogantes, tales como: ¿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 acuerdo electrónico? ¿En qué momento se considera que surte efecto la comunicación electrónica? ¿En qué lugar se considerará efectuada una notificación electrónica?

En el ámbito internacional ¿Quién es el juez competente en materia de contratos electrónicos? ¿Cuál será la ley procesal aplicable al procedimiento electrónico? ¿Corresponde modificar la noción y los efectos del 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? ¿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? ¿Cuáles son los mecanismos alternativos electrónicos de solución de conflictos que se encuentran disponibles en la actualidad? ¿Qué seguridades ofrecen?

MARCO CONCEPTUAL

Basados en trabajos propios anteriores, y la doctrina internacional en la materia, en la presente investigación se partió de la utilización de algunos conceptos preestablecidos.

- **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 límites 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:

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, que dice: “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. Conciernen 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)".
- 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"*.

- **CONTRATO INTERNACIONAL:** 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.

- **CONTRATO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL, O CIBERCONTRATO INTERNACIONAL 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 O LEX INFORMÁTICA:** 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, como la facultad de las partes de acordar, elegir la autoridad ante el que someterán sus desacuerdos, para solución definitiva.

- ❑ **ARBITRAJE INTERNACIONAL ELECTÓNICO:** Se entiende por tal al método heterónomo de solución de controversias que exceden el marco de un Estado que se desarrolla íntegramente a través de sistemas electrónicos o cibernéticos.

- ❑ **SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ON LINE:** Comprende métodos de autocomposición y de heterocomposición de diferendos a través de sistemas electrónicos.

EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Origen y evolución:

En la evolución del comercio electrónico la doctrina señala, vincula su origen a la aparición y el desarrollo de la venta por catálogo en los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU) a comienzo de 1920, impulsado por empresas mayoristas, lo que permitió tener mejor llegada a las personas y clientes y permitió a los potenciales compradores escoger los productos cómodamente desde sus hogares, sin necesidad de trasladarse y sin la presión de un vendedor. La venta por catálogo tomó mayor impulso con la aparición de las tarjetas de crédito.

A principios de 1970, se produjeron las primeras relaciones comerciales utilizando computadoras (ordenes de compra o facturas), este tipo de intercambio de información mejoró los procesos de fabricación entre empresas de un mismo sector.

A mediados de 1980, surgió la venta directa por televisión donde los productos son mostrados, exhibidos resaltando sus características y es concretada la venta por teléfono y el pago se efectúa utilizando tarjetas de crédito.

“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*”.⁶

Internet y el comercio electrónico se revelan como la innovación más prometedora de la globalización tecnológica, económica y cultural. A su alrededor, se crean una multiplicidad de efectos, que tienen virtualidad suficiente como para que el comercio electrónico pretenda desprenderse de las fronteras, de las regulaciones estatales y de sus jurisdicciones.

Concepto de e-commerce

De lo dicho se puede arriba a una construcción tentativa, inicial, de una definición, un concepto 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”*.

Como explicaremos posteriormente, los términos utilizados en esta definición implican, denotan, la adopción de una postura respecto a la naturaleza de las nuevas redes electrónicas, que ha dividido a la doctrina, pero que, permítasenos detenernos aquí, ya que ello será analizado más adelante.

Aunque suele pensarse que el comercio electrónico es un ámbito reservado a las mega empresas y multinacionales, muchas de las transacciones que se producen a través de medios electrónicos o telemáticos, son operaciones de un

⁶ FELDSTEIN de Cárdenas, Sara: “El conflicto de civilizaciones: Una nueva mirada a Internet”. Separata de Revista de Derecho nº 26. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. Venezuela. 2008.

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, B2B. Resultan incalculables las pequeñas operaciones comerciales que se realizan en la Red, por ejemplo, por los consumidores.

Por otro lado, en la actualidad se viene perfilando un patrón, de especial relevancia, que encamina a la comunidad internacional hacia la constitución y perfeccionamiento de grandes bloques regionales o mega bloques, porque es entre ellos y al interior de los mismos, que se dan y darán las mayores relaciones de interdependencia comercial y económica. Simétricamente, existe una acelerada tendencia hacia la digitalización e informatización de todas las actividades del hombre, sean ellas privadas, públicas, culturales, educativas, sociales, entre otras; sin embargo, son especialmente las relaciones comerciales, las que están cambiando y redefiniendo estas actividades, con manifestaciones tales como el e-bussines o el e-commerce.

Los tres actores principales que intervienen en su ámbito son: el gobierno (G), las empresas (B) y los consumidores (C).

Así, pueden establecerse relaciones:

- Entre empresas: El comercio electrónico realizado entre empresas es llamado *Business-to-business* o B2B, y puede estar abierto a cualquiera que esté interesado (como el intercambio de mercancías o materias primas), o estar limitado a participantes específicos pre-calificados (mercado electrónico privado).
- Entre empresas y consumidor: Denominado *Business to Consumers* o B2C, donde la apertura al uso comercial de Internet y en particular el desarrollo de la *World Wide Web*, ha sido el elemento clave que ha hecho posible que el comercio electrónico llegue al consumidor final.
- Entre empresas y la administración B2A (*Business to Administrations*): Las empresas suelen vincularse con el gobierno en operaciones de variada índole y diversa envergadura, por ejemplo, en los llamados a licitaciones públicas.

- Entre consumidores (contribuyente) y la Administración C2A (*Consumers to Administrations*): Comprendería todo tipo de información, comunicación, pago de impuestos, presentación de declaraciones juradas, y reclamos que puedan emitirse, notificarse, tramitarse, dirigirse o efectuarse mediante el uso de medios tecnológicos o informáticos.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el comercio electrónico puede utilizarse en cualquier entorno en el que se intercambie información o documentos entre particulares o empresas: compras o adquisiciones, industria, transporte, salud, cultura, capacitación, legislación y recolección de ingresos o impuestos, finanzas.

Por cuanto, actualmente un concepto amplio de comercio electrónico o e-commerce comprende todas, o cualquiera de aquellas actividades. Pero a medida que la actividad electrónica se difunde, que el uso de la comunicación digital se consolida surgen nuevas expresiones que intentan identificar en forma separada distintos aspectos y actividades, así se habla de e-cultura, e-books, e-administración o, en el aspecto que en esta oportunidad pretendemos desarrollar, se ha comenzado a acuñar el término de e-justicia, definida como la "Justicia en la Sociedad del Conocimiento". La e-justicia pretende abarcar y manejar de manera integral todo el tema de las TICs aplicadas a la justicia en el Ciberespacio.⁷

No dudamos que tales conceptos se irán arraigando, puliendo y a la postre diferenciándose del concepto originario de e-commerce y que cuando ello ocurra, ésta expresión se conservará para el intercambio de bienes y servicios adoptándose una concepción más restringida.

Ventajas de la utilización de las tecnologías de información y telecomunicaciones

No obstante la amplia utilización actual de la tecnología en la vida cotidiana del hombre, debemos recordar que las empresas, tempranamente desarrollaron

⁷ MUÑOZ, Darwin: "Cibercultura Judicial".AR: Revista de Derecho Informático. ISSN 1681-5726, Edita: Alfa-Redi, No. 118 - Mayo del 2008.

diversos aspectos relativos al comercio electrónico destacándose los siguientes:

- Creación de canales nuevos de marketing y ventas.
- Acceso interactivo a catálogos de productos, listas de precios y folletos publicitarios.
- Venta directa e interactiva de productos a los clientes.
- Soporte técnico ininterrumpido, permitiendo que los clientes encuentren por sí mismos y fácilmente, respuestas a sus problemas mediante la obtención de archivos y programas necesarios para resolverlos.

A pesar de los temores y objeciones aducidas por quienes desconfían de esta nueva vía de negociación y comercialización, en torno a su falta de seguridad, certeza respecto de la identidad y capacidad del interlocutor, validez de las comunicaciones electrónicas, entre otros, suele reconocérsele, sin embargo ciertas ventajas, que quizá puedan también considerarse en el ámbito de la justicia. Así se destacan las siguientes:

Beneficios operacionales: El uso empresarial de las comunicaciones electrónicas, y el empleo de los sitios web reduce errores, tiempo y sobrecostos en el tratamiento de la información.

Mediante el intercambio electrónico de documentos, las empresas reducen el trabajo administrativo, realizan transacciones económicas de manera más rápidas y precisas, con acceso fácil e instantáneo a la información, evitan la reescritura de la información, reduciendo, limitando así la posibilidad de errores a un solo momento; es decir, a la etapa inicial de carga de la información en el sistema, etapa en la cual, como analizaremos más adelante, deberán intensificarse los mecanismos de control para evitar posibles errores, y la rápida extensión, la propagación de los conflictos.

Todas estas ventajas pueden también ser fácilmente advertidas en el sistema judicial. Además el formato papel provoca el deterioro y la pérdida de documentación por su constante manipulación, el documento electrónico permite su conservación en forma inalterable a través del tiempo. También se reducen errores y los sobrecostos, piénsese solamente en los gastos de

papelería, conservación y archivo de expedientes.

Se afirma que los proveedores comerciales disminuyen sus costos al permitirse a los posibles clientes tener acceso de manera interactiva a las bases de datos y conocer las oportunidades comerciales, las ofertas, enviar éstas por el mismo medio, y revisar las concesiones, etc.

Cuando hablamos de proveedores en el sistema de justicia, debemos pensar en todos aquellos organismos u oficinas que brindan servicios, informes, auxiliares de justicia, etc. (Boletín Oficial, Policía, Registros Públicos, entre otros). Piénsese en los tiempos que se reducirán en pedidos de informes y las diligencias a través de oficios y cédulas si ellas se diligencian en forma electrónica y si el juez tiene acceso a la información oficial y confiable de los registros públicos, en forma inmediata, directa.

Respecto de las empresas, se resalta que además el e-commerce facilita la creación de mercados y segmentos nuevos, el incremento en la generación de ventajas en las ventas. Otorga una mayor facilidad para entrar en mercados nuevos, especialmente en los geográficamente remotos, a los que posiblemente no se tendría acceso en forma física, especialmente por parte de las pequeñas y medianas empresas (Pyme), y alcanzarlos con mayor rapidez. Ello por la capacidad de contactar de manera sencilla y a menor costo a los clientes potenciales, eliminando demoras entre las diferentes etapas de los subprocesos empresariales.

Si bien en la justicia no podemos hablar del acceso a “nuevos mercados”, si podemos referir los sectores de la población que habitualmente no llevan sus disputas a los tribunales dado su difícil acceso en razón a la distancia, los costos del proceso o los bajos montos del reclamo.

En este sentido, los sitios web de ventas dirigidas a consumidores han encontrado en los sistemas de autocomposición de solución de conflictos en línea un medio eficaz para solucionar los diferendos y mantener la confiabilidad de los usuarios del site.

Comunicaciones comerciales: Actualmente la mayoría de las empresas utilizan la web para informar a los clientes sobre la compañía, sus productos o

servicios, tanto mediante comunicaciones internas como con otras empresas y clientes, y al estar disponible las 24 horas las empresas pueden fidelizar a sus clientes. Los clientes recurren a la web para obtener respuestas inmediatas a sus consultas, dudas sobre los productos, y las empresas deben evacuar esas inquietudes dando soluciones, respondiendo inquietudes, brindando un mejor servicio pre y post venta contribuyendo a la satisfacción del usuario.

El tema de las comunicaciones electrónicas en el proceso judicial o arbitral es uno de los que ha presentado mayores cuestionamientos. No obstante ello, como veremos más adelante, la comunicaciones electrónicas facilitarán mucho las diligencias judiciales reduciendo considerablemente los tiempos empleados y con un grado de seguridad superior al actual.

Mejoras en la distribución: La web ofrece a cierto tipo de proveedores (industria del libro, servicios de información, productos digitales) la posibilidad de participar en un mercado interactivo, en el que los costos de distribución o ventas tienden a cero, (ej. industria del software en la que el producto puede entregarse de inmediato y sin intermediarios).

Asimismo, también pueden advertirse, resaltarse, algunas ventajas que el sistema ofrece a los clientes, usuarios, particulares, consumidores.

Acceso a más información: La naturaleza interactiva de la Web permite al cliente obtener de manera rápida y sencilla información adicional sobre el producto que busca, y conocerlo en forma detallada.

Dentro del proceso judicial se pueden advertir también las ventajas y mejoras en el acceso más directo a la información no solo por parte del justiciable y sus abogados, sino también, como ya sostuvimos, los propios jueces que podrán acceder por ejemplo a los registros públicos (electrónicos) para recabar o constatar la información necesaria.

Facilita la investigación y comparación del mercado: Acelerando el proceso de búsqueda de los artículos. El sitio web permite una búsqueda y comparación de productos, característica, precios, en un espectro más amplio, en un tiempo menor y evitando traslados. Tienen asimismo, acceso a la imagen del producto solicitado, en todos sus aspectos (interior, exterior, medidas, altura, ancho,

características), y puede comparar, y tomar su decisión en forma tranquila, meditada desde su hogar sin la presión e influencia del vendedor en la toma de la decisión.

Es indiscutible las ventajas que ofrece a los consumidores, usuarios del poder judicial (justiciables, letrados, peritos, etc.) en relación a la facilidad en el acceso a los expedientes, a la totalidad de la documentación, el menor tiempo que se requerirá para la consulta, permitiendo el acceso a las causas radicadas en distintas sedes, edificios, jurisdicciones.

Ahora bien, hemos resaltado anteriormente, que la utilización de medios informáticos erradica, o al menos disminuye la producción de errores administrativos en razón que se evita la continua transcripción de datos en los distintos documentos utilizados en la negociación (oferta, aceptación, orden de compra, remito, factura, carta de porte, etc.).

Si bien ello es correcto, no debemos dejar de considerar que de ocurrir un error en la etapa inicial, y sin las adecuadas medidas de control en las operaciones siguientes, el equívoco puede trasladarse sin ser advertido generando considerables daños a la empresa.

Nos parece en este punto citar como un ejemplo paradigmático el siguiente caso:

El 8 de enero de 2003, una página de la red operada en Singapur por Digiland, empresa de Singapur (el demandado), anunció la venta de una impresora láser de un valor de 3.854 dólares de Singapur (S\$) por sólo S\$ 66.

Este error en la fijación del precio se debió a que en el espacio Web se había descargado un juego de cifras preparado para un modelo de capacitación. Para cuando se descubrió el error, el 14 enero de 2003, 784 personas (seis de las cuales eran los apelantes en este caso) habían enviado ya 1008 pedidos vía Internet para 4.086 impresoras láser. Las partes apelantes en el caso pidieron

en total 1.606 impresoras por un precio total de S\$ 105.996 contra un valor de mercado de S\$ 6.189.524.⁸

Después de descubrirse el error de precio en el sitio Web, Digiland se negó a cumplir los contratos sobre la base de que había habido una equivocación en el precio anunciado en los sitios Web. Los apelantes entablaron entonces una acción en el Tribunal Superior de Singapur.

El Tribunal Superior aplicó en su sentencia la Ley de Transacciones Electrónicas (Electronic Transactions Act) de Singapur (ETA), que adopta la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (LMCE). El Tribunal Superior falló que los contratos de compra eran inválidos según el derecho consuetudinario (“*common law*”) debido a una equivocación unilateral y en consecuencia desestimó las reclamaciones.

La Corte de Apelación confirmó las conclusiones del Tribunal Superior de que cada uno de los apelantes tuvo conocimiento real de que había una equivocación en los precios indicados en los espacios Web y que los contratos eran inválidos sobre la base de una equivocación unilateral. La Corte de Apelación añadió que, aunque no hubiera habido conocimiento real sino únicamente conocimiento implícito, procedía recurrir a la equidad y desestimar las compras, que constituían claramente “práctica abusiva” o “conducta fraudulenta”.

La Corte de Apelación examinó las pruebas respecto de cada uno de los apelantes. En cuanto al segundo, aunque no había pruebas de que tenía realmente conocimiento directo, la Corte confirmó las conclusiones del primer juez de que verdaderamente estaba haciendo la vista gorda, y no quería dejar pasar la oportunidad de hacerse con una “ganga”, aunque abrigase dudas acerca de lo correcto de su actitud. Por lo que se refiere a los apelantes tercero y sexto, la Corte de Apelación respaldó las conclusiones del Tribunal Superior

⁸ Ver Casos relativos a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (LMCE) Caso 573: LMCE Art. 11 1); 13- Singapur: Corte de Apelación de Singapur No. CA 30/2004 - Chwee Kin Keong y Otros v. Digilandmall.com Pte Ltd. 13 de enero de 2005. Publicado en inglés: [2005] SGCA 2. (Resumen preparado por Charles Lim, Corresponsal Nacional, con la asistencia de Kessler Soh y Andrew Abraham).

de que tenían conocimiento real, hasta el punto de que sospecharan claramente que había habido equivocación, y no pudieran haber alimentado seriamente dudas o escrúpulos sobre si las impresoras eran modelos anticuados (como pretendían); aprovecharon la oportunidad de obtener beneficios con la diferencia comercial y encargaron 760 y 330 impresoras, respectivamente. En cuanto al quinto apelante, la Corte de Apelación observó que no podía haber esperado obtener una buena “ventaja comercial” (como había pretendido el apelante) si el modelo era anticuado.

En cuanto al cuarto apelante, el hecho de que hubiera verificado más adelante si las transacciones estaban bien hechas confirmaba que había tenido dudas acerca de lo correcto del precio. Aunque eso no fuera equivalente a un conocimiento real, la equidad tenía que intervenir para anular las compras porque lo que se entreveía constituía “prácticas abusivas”. La Corte de Apelación estimó, no obstante, que el mero conocimiento virtual no bastaba para invocar la equidad.

Para que el conocimiento implícito provocara la intervención de la Corte, era preciso que se dieran también otros factores como una “práctica abusiva” o una “conducta fraudulenta”, o algún otro elemento de injusticia. La conducta consistente en no señalar deliberadamente a la atención de la parte equivocada la sospecha de que había una posible equivocación, podría constituir esa injusticia.

Sin entrar en el análisis profundo del caso, en cuanto a la celebración o no del acuerdo digital por error manifiesto, el carácter vinculante de las comunicaciones electrónicas, la valoración de la prueba, la buena fe y otras importantes cuestiones relativas al contrato electrónico internacional; nos pareció interesante ver las posibles graves consecuencias que produciría un error contractual, basado en la información errónea brindada en la página web de una empresa.

Por ello, resultará imprescindible la capacitación adecuada del personal judicial que tendrá la función de cargar los despachos, providencias, sentencias, en fin, toda la información relativa al movimiento del expediente.

En este punto, magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación han manifestado su preocupación en la búsqueda de un procedimiento que permita la carga de la información al sitio web en un plazo de 24 hs. para las providencias simples y no superior de 48 horas para el resto de las resoluciones permitiendo que el expediente vuelva “a letra”, y que tanto el profesional que lo consulta electrónicamente, como aquel que se apersona en tribunales, puedan acceder a idéntica información el mismo día. Este tema es de suma importancia especialmente en lo que hace al cómputo de los plazos de las notificaciones por imperio de ley, requiriendo no solo tecnología adecuada, sino también personal capacitado, aspectos que se trabajan en el ámbito de la gestión judicial.

ESTADO DEL ARTE

Es importante mencionar que varios países del mundo ya empezaron el proceso de regulación de algunos aspectos del comercio electrónico en sus leyes internas. Alemania, Italia, Portugal, España, Francia, Reino Unido y Estados Unidos son ejemplos de ese importante grupo de países.⁹

Ámbito Interno en el derecho comparado

BRASIL

En Brasil, actualmente, no hay ninguna legislación específica sobre comercio electrónico, estando el país en un verdadero vacío legislativo o laguna sobre la materia.¹⁰ Lo que existe son diversos proyectos de leyes relacionados al tema¹¹. En ese sentido, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal advierte que: “no

⁹ Sobre el tema ver: LIMA, Eduardo Weiss Martins de: “Proteção Do Consumidor Brasileiro No Comercio Eletronico Internacional”. Año 2006, pp. 73-79. Ed. Atlas, ISBN-13: 9788522445554.

¹⁰ Con respecto a la situación normativa de Brasil en lo que respecta al comercio electrónico hemos seguido el trabajo de Luciane KLEIN VIEIRA*- Carolina GOMES CHIAPPINI, “Jurisdicción competente y Ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales, bajo la óptica del Derecho Internacional Privado Brasileño”, publicado en el Suplemneto electrónico de Derecho Internacional Privado y de la Integración de eDial.com. Editorial Albremática. 2010.

¹¹ Según reportaje publicada en la Revista Com Ciência: “no Congresso Nacional existe mais de 40 projetos em tramitação que objetivam estabelecer novos tipos de normas para o comércio eletrônico, como a tipificação de crimes virtuais (...) e a criação de novos tipos de

Brasil existem vários projetos de lei em trâmite, no Congresso Nacional, voltados à disciplina jurídica do comércio eletrônico, com destaque para o Projeto 1.589/99, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, e para o Projeto 4.906/2001.”¹²

Además de los proyectos citados por la autora, que son los más importantes de los existentes en la materia, también merece mención el proyecto nº 672/1999, del Senador Lucio Alcântara, que fue basado en la Ley Modelo de UNCITRAL de 1996, buscando promover la uniformidad en el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de informaciones que substituyan el soporte papel.¹³

Sin embargo, por fuerza de la Medida Provisoria nº 2.200-02/01, fueron equiparados los documentos electrónicos a los previstos en el artículo 219¹⁴ del Código Civil Brasileño. Además, la misma norma instituyó el órgano denominado “Infra-Estrutura de Chaves Públicas” (ICP – Brasil), para garantizar la autenticidad, la integridad y la validez jurídica de documentos en forma electrónica, así como las aplicaciones de soporte y las aplicaciones habilitadas que utilicen certificados digitales, para buscar la realización de transacciones electrónicas de una forma más segura.

Sobre el tema, Eduardo Weiss Martins de Lima destaca que: “a MP permite o uso da certificação digital como ‘forma de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica’, assim como regulamenta os órgãos governamentais e as empresas privadas que atuam na certificação. Para isso foi criado o ICP-Brasil, que é composto por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades

documentos e identificadores.” (*Comércio Eletrônico e a Certificação Digital – Segurança Possível*. www.comciencia.br/reportagens/internet/net07.htm, acceso en 24 noviembre 2008.)

¹² LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op. cit.* p. 29

¹³ Comitê Executivo de Comércio Eletrônico. *Projeto de Lei em Comércio Eletrônico: Senado Federal*. <http://ce.desenvolvimento.gov.br/>, acceso en 25 noviembre 2008.

¹⁴ Dicta el artículo mencionado: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.”

certificadoras, que são a Autoridade Raiz (AR), as Certificadoras (AC) e as de Registro (AR).¹⁵

El Proyecto de Ley nº 4.906/2001, de autoría del Senador Lúcio Alcântara, dispone sobre el valor probatorio del documento electrónico y de la firma digital, regula la certificación digital, instituye normas para las transacciones de comercio electrónico y establece sanciones administrativas y penales. Tuvo origen en el antiguo proyecto nº 672/1999, del mismo congresista, antes mencionado.

Tiene anexados otros grandes proyectos referentes a la materia, tales como:

- a) el Proyecto nº 1.589/1999, ya citado, de autoría del Diputado Federal Luciano Pizzatto, que dispone sobre el comercio electrónico, la validez jurídica del documento electrónico y la firma digital;
- b) el Proyecto nº 1.483/1999, del Diputado Federal Hélio de Oliveira Matos, que busca instituir la factura electrónica y la firma digital en las transacciones de comercio electrónico;
- c) el Proyecto nº 6.965/2002¹⁶, de autoría del Diputado Federal José Carlos Coutinho, que confiere valor jurídico a la digitalización de documentos;
- d) el Proyecto nº 7.093/2002, de autoría de Diputado Ivan Paixão, que dispone sobre la correspondencia electrónica comercial.

Después de muchos años de tramitación y de muchas idas y vueltas en las dos casas del Congreso Nacional, el proyecto nº 4.906/2001, con todos sus anexos, fue archivado en 28/02/2007¹⁷

URUGUAY

Desde fines de la década de los '80 encontramos diversas normas por las que la República del Uruguay reconoce la utilización de medios electrónicos de

¹⁵ LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Op. cit.* p. 72

¹⁶ KAMINSKI, Omar: "Comércio Eletrônico: PL quer dar valor jurídico a documentos digitalizados". www.conjur.com.br/static/text/24854,1, acceso en 25 noviembre 2008.

¹⁷ Información obtenida del sitio oficial de la Cámara Federal de Diputados de Brasil. (http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=42793, acceso en 26 noviembre 2008)

comunicación, le otorga validez al documento emitido digitalmente, en cuanto prevén el uso de medios informáticos y telemáticos.

Podemos así referirnos a lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley 16.002 de 24 de noviembre de 1988, para el período 1988 – 1989, que dispone:

Artículo 129.- La documentación emergente de la transmisión a distancia, por medios electrónicos, entre dependencias oficiales, constituirá, de por sí, documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos en cuanto a la existencia del original transmitido.

También los artículos 694 a 697 de la Ley 16.736 de 5 de enero de 1996 de Presupuesto Nacional contenidos en el Capítulo I sobre Normas Generales de la Sección VIII relativa a “Normas de desregulación y reforma administrativa”, no solo reconoce, sino que impulsa la utilización de medios informáticos y telemáticos de comunicación. Las normas referidas puntalmente establecen:

Artículo 694.- Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus competencias, garantizando a los administrados el pleno acceso a las informaciones de su interés.

Artículo 695.- Los trámites y actuaciones que conforman el procedimiento administrativo así como los actos administrativos podrán realizarse por medios informáticos. Su validez jurídica y valor probatorio serán idénticos a los de las actuaciones administrativas que se tramiten por medios convencionales. La firma autógrafa podrá ser sustituida por contraseñas o signos informáticos adecuados.

Artículo 696.- La notificación personal de los trámites y actos administrativos podrá realizarse válidamente por correo electrónico u otros medios informáticos o telemáticos, los cuales tendrán plena validez a todos los efectos siempre que proporcionen seguridad en cuanto a la efectiva realización de la diligencia y a su fecha.

Artículo 697.- La documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe, a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido.

El que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 239 del Código Penal, según corresponda.

En el presente siglo, y en lo que atañe puntualmente a la tramitación de expedientes administrativos, se dispone la obligación de implementar el expediente electrónico para las actuaciones administrativas en todos los niveles por la 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”. Así en la Sección 3ª sobre Sistema informático del Estado se prevé:

Artículo 24.- El Estado, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados deberán implantar el expediente electrónico para la sustanciación de todas las actuaciones administrativas. A tal efecto dispondrán los actos jurídicos y operaciones materiales tendientes al cumplimiento de esta norma en el menor tiempo posible, dando cuenta a la Asamblea General.

El expediente electrónico es la serie ordenada de documentos registrados por vía informática, provenientes de la Administración o de terceros, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado, teniendo la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional.

Artículo 25.- Autorízase en todo caso la firma electrónica y la firma digital, las que tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que estén debidamente autenticadas por claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática.

La prestación de servicios de certificación no estará sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia, sin que ello implique sustituir o modificar las normas que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas para dar fe pública o intervenir en documentos públicos.

Mediante Decreto 382/2003, del Poder Ejecutivo de 17 de setiembre de 2003, se reglamenta el uso de la firma digital y el reconocimiento de su eficacia jurídica.

En sus fundamentos que hacen referencia a las normas precitadas, se reconoce el empleo de la firma digital y su eficacia jurídica para otorgar seguridad a las transacciones electrónicas, promoviendo el comercio electrónico seguro, de modo de permitir la identificación en forma confiable de las personas que realicen transacciones electrónicas, aseverando que con la progresiva despapelización del Estado, se contribuye a mejorar su gestión, facilitar el acceso de la comunidad a la información y posibilitar la realización de trámites por Internet de forma segura.

El decreto reglamentario en análisis efectúa, en su artículo 2, algunas calificaciones autárquicas que resultan no solo de interés, sino también imprescindibles en esta materia:

Artículo 2° Definiciones.- A los efectos de este Decreto, se establecen las siguientes definiciones: a) Firma Digital es el resultado de aplicar a un documento 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, de manera tal que dicha verificación permita, simultáneamente, identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. b) Prestador de servicios de certificación es una tercera parte que expide certificados digitales, pudiendo prestar además, otros servicios relacionados con la firma digital. c) Certificado Digital es un documento digital firmado digitalmente por un Prestador de servicios de certificación, que vincula la identidad del titular del mismo con una clave pública y su correspondiente clave privada. d) Clave Privada es la clave generada por un proceso matemático, que contiene datos únicos que el firmante utiliza para crear la firma digital. Su conocimiento y control es exclusivo del firmante. Si el firmante decidiera compartirla, se imputará como suyo todo aquello que fuera realizado mediante el uso de la misma. e) Clave pública es aquella clave generada por el mismo proceso matemático que genera la clave privada. Contiene datos únicos que permiten verificar la firma digital del firmante. Su conocimiento es público. f) Lista de Certificados Revocados de un prestador de servicios de certificación

es un archivo firmado digitalmente por éste, en el que constan los números de serie y fecha de revocación de todos los certificados revocados del Prestador de servicios de certificación. g) Firmante o Signatario, es la persona física que cuenta con un Certificado Digital que utiliza para firmar digitalmente. h) Periodo de Validez, es el período de vigencia del Certificado Digital.

Artículo 3° Validez y eficacia de la firma digital.- La firma digital tendrá idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que esté debidamente autenticada por claves u otros procedimientos seguros de acuerdo a la tecnología informática que: 1. garanticen que la firma digital se corresponde con el certificado digital emitido por un prestador de servicios de certificación de firma digital, que lo asocia con la identificación del signatario; 2. aseguren que la firma digital se corresponde con el documento respectivo y que el mismo no fue alterado ni pueda ser repudiado; y 3. garanticen que la firma digital ha sido creada usando medios que el signatario mantiene bajo su exclusivo control y durante la vigencia del certificado digital.

Artículo 4° Valor probatorio de la firma digital.- La firma digital tendrá respecto al documento respectivo, idéntico valor probatorio al que tiene la firma manuscrita con respecto al documento consignado en papel, siempre que la misma haya sido creada mediante mecanismos de clave pública y privada u otros procedimientos acordes a la evolución de estándares tecnológicos internacionalmente reconocidos como fiables que cumplan con las exigencias establecidas en el artículo precedente.

Artículo 5° Requisitos del Certificado Digital.- El Certificado Digital del firmante deberá cumplir con los siguientes requisitos: 1. Contar como mínimo con la siguiente información del titular del certificado: a. Nombre completo tal como aparece en el documento de identidad b. Número, tipo y país emisor del documento de identidad c. La clave pública asociada a la clave privada. 2. Número de serie. 3. Identificación del prestador de servicios de certificación. 4. Período de validez. 5. Firma Digital del prestador de servicios de certificación. 6. Debe estar vigente. 7. No debe estar revocado a la fecha de la firma. 8.

Haber sido creado de acuerdo a las políticas del prestador de servicios de certificación que cumplan con lo establecido en el artículo 6.

Artículo 6° Requisitos de emisión del Certificado Digital.- Los requisitos para la emisión de Certificados Digitales serán los siguientes: a) Presencia física del solicitante del certificado con documento de identidad vigente y válido en la República Oriental del Uruguay. b) Un contrato en soporte papel, con fecha de emisión, en el que se consigna la información exacta trasladada de la documentación presentada firmado en forma manuscrita en el que deberá constar: I) Responsabilidades del Solicitante respecto de la clave Privada cuya clave pública correspondiente se consigna en el certificado y todos los usos que a la misma se le dieran. II) Declaración del solicitante de su total conocimiento y aceptación de la Declaración de Prácticas de Certificación y/o Política de Certificación correspondientes al certificado solicitado. III) Responsabilidades del solicitante y del prestador de servicios de certificación respecto a la solicitud de revocación de un certificado, consignando plazos de responsabilidad. c) Generar la clave privada cuya clave pública correspondiente se consignará en el certificado.

Artículo 7° Cese de actividades del prestador de servicios de certificación.-Si el prestador de servicios de certificación cesara sus actividades está obligado a comunicar dicha situación a través del Diario Oficial y cualquier otro medio que considere pertinente, a mantener o derivar el servicio de recepción de solicitudes de revocación y a actualizar y publicar la Lista de Certificados Revocados hasta que haya vencido el último de los certificados emitidos.

Artículo 8° Actualización y publicación de la Lista de certificados Revocados.- El prestador de servicios de certificación deberá actualizar y publicar la Lista de Certificados Revocados al menos cada 24 horas.

Artículo 9° Equivalencia de certificados.- Los certificados que expidan los prestadores de servicios de certificación establecidos en otros Estados, de acuerdo con su respectiva legislación, se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en la República, siempre que los mismos hayan sido emitidos con garantías de confiabilidad similares a las exigidas por este

decreto, y que exista reciprocidad del país de origen con respecto de los certificados emitidos en el Uruguay

Artículo 10° Comuníquese, publíquese, etc.- Secretaría de Prensa y Difusión
Presidencia de la República

PARAGUAY

En Junio de 2010 el Senado paraguayo aprobó el proyecto de ley sobre firma digital. Esta ley, que regulará el reconocimiento de la validez jurídica de la firma digital y determinará sus efectos; establece el reconocimiento del principio de equivalencia funcional por medio del cual se confiere al documento digital firmado los mismos efectos que se le imputan al documento escrito en medio físico; regula la habilitación de las empresas certificadoras de las firmas digitales. Se basa en el “principio de neutralidad tecnológica” y viabiliza la posibilidad de que el Estado Paraguayo implemente el Expediente Electrónico con sus múltiples beneficios.

Según la ley aprobada en el Congreso, la autoridad de aplicación de esta herramienta será el Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN), quien estará a cargo de establecer los reglamentos, los estándares y cuál será la operativa la va a marcar el órgano administrativo del sistema.

La firma digital tendrá igual fuerza y contundencia que una rúbrica a tinta sobre cualquier certificado de depósito, testamento, transferencia o pasaporte. Igualmente obligará al ciudadano a responder a todas las responsabilidades que ella implica ante la ley, nacional o internacional.

El titular de la Unidad Técnica para la Modernización de la Administración Pública (UTMAP), Roberto Fernández, que lleva a adelante la iniciativa de gobierno electrónico en aquel país calificó como un gran paso, muy importante, pues es uno de los soportes fundamentales de un gobierno electrónico, ya que identificará plenamente al ciudadano (físico o jurídico) para interactuar con la administración de gobierno, en forma ágil, directa, no física, sin intermediarios, lo que redundará en beneficio del país en términos económicos por ahorro de

tiempo y los gastos que significan hoy hacer gestiones en dependencias estatales y la producción de un documento en forma física.

Destacó también su característica de herramienta contra la corrupción, pues elimina el contacto físico entre el ciudadano y el funcionario, interacción que conlleva un alto porcentaje de posibles hechos ilegales.

La seguridad de los códigos y datos respaldatorios de la firma digital es una gran preocupación para los potenciales usuarios de este instrumento. Cualquier incidente a este respecto puede echar por tierra la confianza de los ciudadanos electrónicos y atentar contra el avance.

CHILE

La ley n° 19.799 fue publicada el 15 de septiembre del año 2003 por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, reconoce que los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica simple. Igualmente señala que estos actos, contratos y documentos, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos en soporte de papel.

Conforme el artículo 1, la ley regula los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso.

Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel. Toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados.

Efectúa algunas precisiones terminológicas, calificaciones de los conceptos: “electrónico”, “certificado de firma electrónica”, “certificador o prestador de servicios de certificación”, “documento electrónico”, “entidad acreditadora”, “firma electrónica”, “firma electrónica avanzada” y “usuario o titular” (art. 2).

Como principio general establece que los contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

Resulta importante resaltar que conforme lo prevé el artículo 5º, los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes:

- 1.- Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y
- 2.- Los que posean la calidad de instrumento privado tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior, en cuanto hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada. En caso contrario, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.

Otras legislaciones

En Guatemala, el Decreto 47-2008, para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas fue publicado en el diario oficial el 23 de septiembre de 2008. El Ministerio de Economía de ese país tiene bajo su responsabilidad el regular en la materia, y abrió en el mes de Junio de 2009 el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, publicando su sitio web copia de la ley e información importante sobre el tema.

El 2 de julio de 2010 se aprobó en Nicaragua la Ley de Firma Electrónica, siendo la Dirección General de Tecnología, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la entidad acreditadora de la firma electrónica, sin embargo, su

implementación será dentro de un año calendario, contado a partir del 30 de agosto de 2010.

En el Perú se ha dictado la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27.269), que regula la utilización de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

En la República Dominicana, la Ley 126-02, de fecha 29 de septiembre de 2002 sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, regula toda relación comercial, estructurada a partir de la utilización de uno o más documentos digitales o mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Y se designa al Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) como el Órgano Regulador.

En Costa Rica, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos (Ley 8.454) fue firmada el 22 de agosto del 2005, y faculta la posibilidad de vincular jurídicamente a los actores que participan en transacciones electrónicas, lo que permite llevar al mundo virtual transacciones o procesos que anteriormente requerían el uso de documentos físicos para tener validez jurídica, bajo el precepto de presunción de autoría y responsabilidad, además lo anterior sin demérito del cumplimiento de los requisitos de las formalidades legales según negocio jurídico.

La República Argentina - La Ley 25.506

La República Argentina ha sancionado la ley sobre firma digital nº 25.506, promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001 –Decreto Reglamentario nº 2628/02.

El artículo 2 determina que es la aplicación a un documento digital de un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento...bajo absoluto control del firmante, aunque debe ser susceptible de verificación por terceros en forma tal que permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

La ley dispone que la firma electrónica es digital cuando se utilizan certificados digitales emitidos por las Autoridades de Certificación Licenciadas (ACL).

Las ACL además del soporte técnico y la provisión de las firmas son la tercera parte confiable integrada a la infraestructura de firma digital por la que se da un plexo tecnológico y normativo de seguridad con control de la Autoridad de Aplicación.

El sistema de infraestructura de firma digital está constituido por el conjunto de leyes, normativa legal complementaria, hardware, software, bases de datos, redes, procedimientos de seguridad, etc., que permiten que distintas entidades, sean individuos u organizaciones, se identifiquen entre sí de manera segura al realizar transacciones en redes.

La legislación argentina distingue los términos "Firma Digital" y "Firma Electrónica" que no poseen el mismo significado. La diferencia radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, dado que en el caso de la "Firma Digital" existe una presunción "*iuris tantum*" en su favor; esto significa que si un *documento firmado digitalmente* es verificado correctamente, se presume *salvo prueba en contrario* que proviene del suscriptor del certificado asociado y que no fue modificado. Por el contrario, en el caso de la *firma electrónica*, ante el supuesto de ser desconocida la firma por su titular corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Este conjunto normativo conforma una Infraestructura de Firma Digital de alcance federal integrada por:

Autoridad de Aplicación:

Según el Decreto nº 409/2005, la Subsecretaría de Gestión Pública actuará como autoridad de aplicación del régimen normativo que establece la infraestructura de la firma digital establecida por ley 25.506 y en las funciones de entidad licenciante de certificadores, supervisando su accionar.

Comisión Asesora para la Infraestructura de la firma digital:

Funciona en el ámbito de la Subsecretaría de la Gestión Pública, emitiendo recomendaciones sobre los aspectos técnicos referidos al funcionamiento de la Infraestructura de Firma Digital.

A través del Decreto N° 160/2004, el Poder Ejecutivo Nacional ha designado a los integrantes de la Comisión Asesora para la Infraestructura Nacional de Firma Digital, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 25.506.

Ente licenciante:

Es el órgano técnico-administrativo encargado de otorgar las licencias a los certificadores y de supervisar su actividad.

Certificadores licenciados:

Son aquellas personas de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que obtengan una licencia emitida por el ente licenciante para actuar como proveedores de servicios de certificación en los términos de la Ley N° 25.506 y su normativa complementaria.

Autoridades de Registro:

Son entidades que tienen a su cargo las funciones de validación de la identidad y otros datos de los suscriptores de certificados. Dichas funciones son delegadas por el certificador licenciado.

El riesgo de que distintos países adopten criterios legislativos diferentes en relación con las firmas electrónicas exige disposiciones legislativas uniformes que establezcan las normas básicas de lo que constituye en esencia un fenómeno internacional, en el que es fundamental la armonía jurídica y la interoperabilidad técnica.

Ámbito regional:

En la **Unión Europea** se trabaja en temas de comercio electrónico en base a las siguientes directrices:

- Se considera que es primordial el garantizar la seguridad y la intimidad de los datos de tipo personal en el área comercial; en igual forma, los derechos de propiedad intelectual, dado que se considera relevante la incidencia de los derechos de autor en las comunicaciones en línea; la reproducción y distribución de material reservado; las bases de datos y la regulación de los nombres de dominio en Internet.

- Garantizar una fiscalidad transparente y neutra, a través de seguridad jurídica y neutralidad fiscal.
- Considera necesaria la creación de un marco legal armonizado al interior de la Unión, pero que permita su adecuación al resto del contexto internacional.

En cambio, dentro del espacio integrado del **MERCOSUR**, y este es el problema, no existe hasta la fecha un marco normativo que regule de forma autónoma las relaciones entabladas a través de medios electrónicos, a pesar del compromiso asumido por los Estados Parte¹⁸, de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, como es el área de la contratación internacional en general, y la contratación electrónica, en especial.

Frente al interrogante de si el tema de la contratación internacional electrónica constituye o no, un área pertinente al espacio integrado del MERCOSUR, es decir, una cuestión que, por su estrecha vinculación con los objetivos propuestos, y a fin de posibilitar, contribuir o facilitar la consolidación del ámbito territorial, requiera, necesite, merezca ser armonizada. Consideramos que la contratación internacional es, a todas luces, una cuestión más que pertinente a la armonización legislativa, en virtud al establecimiento de un mercado común que permite, y hasta propicia, la libre circulación de personas, servicios, capitales y mercaderías o bienes, es decir, la libre circulación de los factores de producción a fin de posibilitar el desarrollo económico.

Como es sabido, el contrato (en sus diversas modalidades) es, por excelencia, el instrumento del que se valen los operadores para el intercambio internacional.

Resulta lamentable que a pesar del compromiso asumido por los Estados Parte, no se ha logrado una legislación autónoma en sobre la determinación de la ley aplicable a los contratos dentro del espacio mercosureño. Ello, posiblemente, por la excesiva cautela (temor quizás) en la aceptación del principio rector por excelencia en la materia: “la autonomía de la voluntad”,

¹⁸ El Tratado de Asunción de 1991, constitutivo del Mercado Común del Sur –MERCOSUR-, establece la obligación de los Estados de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes al mercado común para permitir el cumplimiento de sus objetivos.

cuyo reconocimiento o no, más allá de las asimetrías existentes en los ordenamientos de fuente interna en materia de contratos, se pone de relieve en el excesivo proteccionismo que se evidencia frente a situaciones en las que las partes no se encuentran en situación de igualdad, de paridad, al momento de la celebración del acuerdo, como resultan ser los consumidores, trabajadores, asegurados, o no poseen plena capacidad de negociación, como ocurre con los contratos de adhesión.

Sin desconocer la realidad de dichas situaciones, y la necesidad de la protección de la parte jurídicamente más débil en la negociación, también somos conscientes que los contratos se siguen celebrando, las partes siguen contratando y los negocios no se detienen ante la ausencia de regulación específica. Por el contrario, se marca, se hace más evidente la necesidad la armonización y de arribar a soluciones acordes a los requerimientos de los operadores internacionales y regionales.

Esta ausencia puede producir efectos nocivos en el intercambio comercial entre los Estados Partes y con relación a los terceros, afectando seriamente uno de los objetivos marcados por el Tratado de Asunción, cual es lograr la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos en los países, a través de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones a la circulación de mercaderías y cualquier otra medida equivalente (artículo 1, párrafo 1).

A su turno, debemos recordar que otro aspecto particularmente considerado en la Unión Europea en forma temprana fue el de la determinación de la jurisdicción regional y la libre circulación de sentencias, como un paso ineludible hacia la consolidación del área.¹⁹

En el MERCOSUR, esta cuestión ha sido regulada en el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial del 5 de agosto de 1994, y en lo relativo a la jurisdicción en los contratos de consumo, se firmó al año siguiente, y con similares soluciones, el Protocolo de Santa María de la Fortaleza. Estas normas no contemplan las cuestiones

¹⁹ Ver el Convenio de Bruselas de 1968, hoy sustituido por el Reglamento de Bruselas n° 44/2001 (CE), que será objeto de análisis más adelante.

relacionadas al comercio electrónico -ni existen actualmente otras que lo hagan-, ni desde el aspecto de la ley aplicable ni de la jurisdicción competente. No obstante, se advierten varios intentos para normativizar materia relativa al comercio electrónico, principalmente con relación al uso de la firma digital. Entre ellos podremos citar la Res. GMC n° 43/00 que crea el Grupo Ad Hoc sobre Comercio Electrónico; la Res. GMC n° 24/01 que establece la Pauta negociadora del SGT n° 13 – “Comercio Electrónico”; la Res. GMC n° 22/04, reguladora del uso de firma digital en el ámbito de la Secretaría del Mercosur; la Res. GMC n° 34/06 sobre Directrices para la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo de firmas electrónicas avanzadas en el ámbito del Mercosur; la Res. GMC n° 37/06 que regula el Reconocimiento de la eficacia jurídica del Documento Electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en el ámbito del Mercosur.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, la mayoría de esas Resoluciones no fueron incorporadas por todos los Estados Parte del MERCOSUR, lo que impide su entrada en vigor.

LEY APLICABLE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO:

Armonización legislativa

Diversas organizaciones han intentado emprender el complejo desafío de crear un marco regulador del entorno electrónico. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL) ha preparado una serie de instrumentos vinculados al comercio electrónico entre los que destaca la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996 (modificada en 1998), que constituye un instrumento legislativo que establece parámetros normativos de una materia determinada y tiene por objeto su adopción en el orden nacional de los países miembros. Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo en Australia, las Bermudas, Colombia, Eslovenia, los Estados de Jersey, Dependencia de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Filipinas, Francia, Hong Kong, Irlanda, Corea, Singapur y dentro de los Estados Unidos, Illinois.

Asimismo se ha preparado legislación uniforme influida por la Ley Modelo en Canadá- y en los Estados Unidos durante 1999. También corresponde resaltar la Ley Modelo sobre firmas electrónicas del 5 de julio de 2001.

A su turno, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2007), busca suprimir los obstáculos jurídicos de la utilización de los medios modernos de comunicación, y cuyo objeto es reglar acerca de cuestiones concretas tales como la formación de los contratos por la utilización de los mensajes de datos y no de los elementos materiales de la oferta y aceptación, ni de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en virtud del contrato. Las cuestiones relativas al derecho sustantivo que se derivan de un contrato se seguirán rigiendo por el derecho aplicable, según el Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002. En suma, el instrumento pretende examinar aquellos aspectos que afecten o alteren la certeza, transparencia y predecibilidad jurídica de la contratación motivados por la aparición de los medios electrónicos en su formación y que puedan obstaculizar el desarrollo del comercio electrónico.

Por su parte el Electronic Commerce Project (ECP) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), tiene por objetivo el definir buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas. Participan especialistas de diversos campos (telecomunicaciones, banca, transporte) 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 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.

Finalmente, cabe destacar la labor emprendida por la Comisión de la Unión Europea que es uno de los escenarios más activos en el marco del desarrollo

de directivas y en la búsqueda de la adopción de políticas en el área del comercio electrónico. Inicialmente en 1989 realizó una primera aproximación al fenómeno del comercio electrónico con su programa TEDIS (Trade electronic Data Interchange System), a través del que hizo varios estudios tendientes a promover el desarrollo del EDI y el comercio electrónico.

En el MERCOSUR, como ya resaltamos, si bien no se ha regulado específicamente la cuestión a la ley aplicable a los contratos internacionales en general, ni a la contratación internacional electrónica en particular, existen algunos resultados parciales, pero importantes referidos al reconocimiento de la firma electrónica a los que referiremos más adelante.

El sub grupo de trabajo sobre comercio electrónico (SGT 13) es el ámbito en el cual se coordinan las posiciones nacionales, tendientes al fortalecimiento del relacionamiento externo del bloque en esta materia. Asimismo, el objetivo del subgrupo es contribuir al mejoramiento del marco jurídico, fiscal, de medios de pago e infraestructura, necesario para el rápido desarrollo intrazona del comercio electrónico.

No obstante, antes de ingresar en el análisis de los instrumentos específicos conviene, importa hacer una apreciación con relación a los distintos caminos, para lograr la armonización legislativa y sobre todo a sus posibles fundamentos.

Existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular legislativamente las desavenencias surgidas por el uso de Internet:

1) Con la creación de una normativa material específica, *ad hoc*, que se justificaría ante la obsolescencia del derecho tradicional; la que han llamado nueva *lex mercatoria*, o *lex informatica*, *lex internética*, *lex cibernética*, entre tantas otras posibles denominaciones.

2) 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 no son nuevos, sino que solamente se presentan con un formato tecnológico novedoso.

Se indica, en materia de ley aplicable, tres orientaciones:

a) La armonización en materia de reglas electivas, de conflicto de leyes: Podría acordarse un instrumento jurídico internacional, en base de normas indirectas que establezcan puntos de conexión rígidos (domicilio, lugar de ejecución, lugar de celebración, entre otros) o bien, puntos de conexión flexibles (lugar que tenga vínculos más estrechos o relevantes o significativos con el contrato, entre otros).

b) La unificación, con la creación de la ley sustantiva de Internet que permitiría, según 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*. Sus cultores han llegado a afirmar que el concepto de soberanía de los Estados debe ser actualizado.

c) 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, aplicándose en su caso las normas establecidas en los reglamentos de los centros especializados, que suelen regular lo relacionado con la ley aplicable procesal y de fondo por los árbitros para dirimir las disputas.

Como se ha señalado anteriormente, el comercio electrónico origina interactividad y transacciones entre partes que quizá no hayan tenido contacto previo, se encuentran no solo distantes sino que a veces, también desconocen la real situación geográfica de la otra parte. Hoy día, incluso la actividad de las pequeñas empresas y de los consumidores puede extenderse fuera de los límites del Estado de su localización, en un entorno digital en el que pueden negociar en diversas partes de todo el mundo. Además dichas negociaciones pueden tener lugar en tiempo real entre empresas, o entre empresas y consumidores. Muchas de esas transacciones pueden ser simplemente acuerdos únicos, en los que ninguna de las partes contemple la posibilidad inmediata de entablar una relación continuada derivada de la transacción.

Todas las transacciones, operaciones, precisan reglas que rijan, regulen de manera clara la relación entre las partes. El elemento principal de esas reglas es el propio acuerdo, vale decir, el contrato.

CONTRATO INTERNACIONAL

Concepto: El contrato internacional, como acto jurídico bilateral patrimonial, es un elemento insustituible en el ámbito de las relaciones internacionales, especialmente en materia de negocios internacionales.

El contrato es internacional cuando en su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un sistema jurídico determinado.

Formación del contrato: En la teoría general del contrato, el acuerdo contractual atraviesa tres etapas:

- la generación: Son los tratos o negociaciones preliminares y el proceso interno de formación del contrato,
- La perfección: es el nacimiento del acuerdo que queda perfeccionado por el concurso de voluntades (oferta y aceptación) y
- La consumación: la realización de las prestaciones derivadas del contrato.

Sabemos que los efectos de cada una de estas etapas varían según los distintos ordenamientos jurídicos y sobre todo según las distintas tradiciones (sistema anglosajón, romanista, países orientales, etc.).

La validez del acto requiere como requisitos previos la capacidad (elemento personal) y la disponibilidad de la cosa (elemento real).

En el acto jurídico se distinguen dos aspectos, uno formal o extrínseco y otro sustancial o intrínseco.

El momento y lugar del nacimiento del contrato, su perfección, permite conocer a partir de qué momento el contrato existe dando nacimiento a los derechos y obligaciones de cada una de las partes, así como determinar cual es la ley aplicable a la capacidad de los contratantes, cuál es la norma aplicable al fondo de la cuestión, determinar los plazos de prescripción, la transmisión de los riesgos de la cosa, los precios de mercados, etc. Permite determinar los tribunales competentes y el derecho aplicable.

La determinación del perfeccionamiento del contrato electrónico, como veremos, presenta algunas características particulares, resultando entonces, esencial determinar cuando las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes (oferta y demanda) coinciden.

La oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato. Es la declaración por la cual el contrato puede entenderse cerrado con la sola aceptación de la otra parte, sin la ulterior declaración del que hizo la oferta.

Por ello la oferta debe ser completa, es decir que ha de tener todos los requisitos esenciales al contrato, para que pueda quedar perfeccionado con la sola aceptación del destinatario y ha de dar a conocer al destinatario la seria voluntad de obligarse del oferente. Si la proposición se ha emitido con reserva, no se tratará de una verdadera oferta.

La Convención de Naciones Unidas sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías dispone en el artículo 14.1: “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlo”, (el subrayado nos pertenece).

La aceptación de una oferta es la manifestación de asentimiento del destinatario a los términos en que ha sido formulada aquélla y de la manera requerida o autorizada por el oferente. Se exige la coincidencia total entre oferta y aceptación, en principio regida por la regla del espejo, por lo tanto la aceptación que modifique los términos de la oferta tendrá el valor de una nueva oferta o contraoferta.

Las manifestaciones hechas en los catálogos, no son verdaderas ofertas sino que constituyen una invitación a contratar (salvo comercio minorista, derechos del consumidor, etc.).

Esta “invitación a ofrecer” es especialmente importante en la contratación electrónica, puesto que la red se presenta como un lugar apropiado para la

publicidad, ya sea a través de catálogos en tiendas virtuales o de links que llevan a otras páginas.

Es necesario, asimismo, que la aceptación se efectúe en término, es decir, que tenga lugar antes que la oferta se extinga o sea revocada.

CONTRATO INTERNACIONAL ELECTRÓNICO:

Su calificación según el medio electrónico utilizado – Contratos simultáneos y no simultáneos.

Es el contrato que se celebra mediante el uso o empleo de medios telemáticos o informáticos, y que incorporan, utilizan formas de contratación de las nuevas tecnologías.

Uno de los primeros cuestionamientos, interrogantes frente a esta modalidad contractual se plantea respecto a si debemos considerarlo un contrato entre ausentes o entre presentes.

En él coexisten elementos de simultaneidad o instantaneidad entre oferta y aceptación (característica del contrato entre presentes), y también distancia entre los contratantes que se encuentran en Estados diferentes (contrato entre ausentes). Por ello la modalidad del contrato electrónico plantea cuestiones respecto al momento de su celebración o conclusión, como así también, a la determinación del lugar en el que se encuentran las partes (oferente y aceptante), la inexistencia de un “documento escrito”, de firma manuscrita, entre otras.

Suele definirse los contratos entre ausentes a aquellos celebrados por intermedio de mensajero, por correspondencia, por mandatario, entre otros.

Parte de la doctrina requiere que las partes se encuentren en diferentes lugares con la imposibilidad de intercambiar declaraciones sin que medie un tiempo considerable, y en esta inteligencia se le reconoce esta característica a los contratos digitales. Así, por ejemplo, ha sido definido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico española del 18/01/2001 como “todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio

de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”.

Otros estiman que la “simultaneidad” entre la declaración de un contratante y la percepción por la otra es el elemento distintivo entre contratos entre ausentes o presentes, colocando a los contratos electrónicos o cibernéticos en esta última categoría.

También se afirma que no basta la “instantaneidad” en la comunicación, la percepción o cognición de la respuesta. El elemento distintivo es la efectiva presencia de las partes. Una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo español, del 5 de enero de 1948, señaló que el acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica daba lugar al perfeccionamiento del contrato, lo mismo que se hubiera concertado entre presentes.

Validando el criterio jurisprudencial señalado la doctrina es pacífica en el sentido de considerar a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes. Igual criterio es seguido en los países del “*common law*”, y específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, países en los que los contratantes que se comunican por teléfono son considerados “*presentes*”.

La doctrina estima, asimismo, que la *ratio legis* del razonamiento que considera la comunicación telefónica como una especie comercial entre presentes se encuentra en la circunstancia de que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido. En el sentido indicado se sostiene que: *“El problema no se plantea si, no obstante el distanciamiento o la lejanía, existe entre las partes un proceso de comunicación ininterrumpido”, continúa, “Lo mismo puede decirse cuando se produzca un ininterrumpido proceso de comunicación por télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación”*.²⁰

²⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto: “La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico”. *Ius et praxis*, año/vol. 11, número 002. Universidad de Talca. Chile. ISSN 0717-2877. pag. 9

En atención al mismo criterio, la doctrina no duda en calificar como una especie de contratación entre ausentes aquella que se produce mediante carta o correspondencia telegráfica, ya que entre las diversas comunicaciones, entre aceptante y oferente, media interrupción o un espacio de tiempo de jurídicamente relevante http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200009&script=sci_arttext-nota23#nota23.

El contrato de formación instantánea (tradicionalmente entre presentes) es aquel en que existe la posibilidad real de producirse el intercambio oferta-aceptación de manera inmediata y excluye la posibilidad de revocar la oferta o retirar la aceptación.

Entre las formas de celebración introducidas por el avance tecnológico encontramos, fax, el EDI (intercambio electrónico de datos, mensajes de texto), redes electrónicas (cerradas o abiertas), e-mails, entre otros.

Son considerados contratos entre presentes, los celebrados oralmente (teléfono, radio) o por comunicación ininterrumpida (fax, telex, radio y teléfono).

Por su parte, en el ámbito normativo español http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200009&script=sci_arttext-nota24#nota24, parece prevalecer la idea de que la contratación electrónica es una especie de contratación a distancia. En tal sentido, el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, discurre sobre la idea de que el contrato electrónico con condiciones generales es una especie de contrato a distancia, sin entrar eso sí, en un pronunciamiento de carácter dogmático sobre el punto. Por su parte, la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 38.1 prescribe que se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza.²¹

²¹ PINOCHET OLAVE, Ruperto: "La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento

La comunicación por correo electrónico, en principio, es asimilable a la comunicación por carta tradicional, sin embargo, el correo electrónico puede llegar en cuestión de segundos a los rincones más lejanos y apartados del mundo, lo que traerá como consecuencia, según veremos, que muchas de las aprehensiones de los legisladores de los siglos pasados relativas a la demora en la recepción de las comunicaciones, en el caso de correo electrónico no se justifiquen.

Tal prevención, efectuada para la comunicación vía correo electrónico, puede hacerse extensiva en general a la mayoría de los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, resultando que la frecuentemente presumida falta de continuidad en los procesos de comunicación a distancia no se da en el caso de la formación del consentimiento electrónico.

En todo caso, teniendo en cuenta las características generales de simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales mediante nuevas tecnologías si de clasificarlos se trata, una parte importante de la doctrina parece considerar que estaríamos en presencia, según los cánones tradicionales, de una especie de contratación entre presentes, ello para los efectos previstos en las leyes respecto a la perfección del negocio jurídico.

Como lógica consecuencia de las características de las nuevas tecnologías, se ha hecho notar que éstas no sólo constituyen un avance técnico en relación a los medios de comunicaciones existentes hasta antes de su aparición sino que, en ocasiones, constituyen un proceso comunicacional idéntico al que puede desarrollarse entre personas presentes. Piénsese, o si no, en la comunicación por vídeo conferencia en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

Todo lo dicho reafirma el criterio sustentado por la doctrina en atención a que el principio lógico para la caracterización de un proceso comunicacional como

entre ausentes no depende hoy, como antaño, de la distancia física, sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200009&script=sci_arttext - nota32#nota32, ello, reiteramos, como reglas generales válidas para todos los medios de comunicación que pueden adscribirse en la noción de nuevas tecnologías de la información, sin perjuicio, de que sea aconsejable el análisis pormenorizado de cada uno de ellos para determinar si consisten o no en un proceso ininterrumpido de comunicación y, si pueden, por tanto, ser calificados en la especie *entre presentes*.

A su turno, la utilización de los medios electrónicos y concretamente de Internet, permite la posibilidad de celebrar contratos entre presentes y no presentes en la red, dependiendo la tecnología utilizada, ya que el intercambio electrónico de datos puede funcionar de forma instantánea o interactiva (redes punto a punto- contrato entre presentes), o de manera que exista cierto margen de tiempo, sean minutos u horas (por ej, en las redes de valor añadido en la cual los mensajes quedan guardados en la red en los buzones de cada usuario), y el sistema de intercambio electrónico de datos puede funcionar en forma no instantánea (contrato entre ausentes).

La telefonía IP aparentemente idéntica a la telefonía tradicional, funciona sobre bases tecnológicas diferentes, ya que en la comunicación telefónica IP existen interrupciones en la comunicación e incluso las diversas intervenciones que las partes hacen -frases- viajan a su destino en paquetes de información independientes por vías completamente diferentes dentro del mismo proceso, no existiendo como en la telefónica tradicional un canal comunicacional bilateral permanentemente abierto http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200009&script=sci_arttext - nota35#nota35. Con todo, las interrupciones son tan insignificantes y la continuidad del proceso comunicativo tan evidente que sin perjuicio de que efectivamente se produzcan interrupciones no dudamos en calificar tal proceso de fluido -aunque no implique un canal bidireccional permanentemente abierto- y, por lo tanto, de acuerdo a los parámetros clásicos, como una especie comunicacional que

puede ser adscrita a la categoría contractual clásica de “entre presentes”http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200009&script=sci_arttext - nota36#nota36.

La vídeo conferencia por Internet deberá recibir idéntica solución, toda vez que constituye una especie -mejorada- de comunicación telefónicahttp://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200009&script=sci_arttext - nota37#nota37, en donde, además de poder escucharse la voz del interlocutor es posible ver su imagen.

La vídeo conferencia funciona, al igual que la telefonía, por medio del protocolo de Internet (IP), por lo que las prevenciones y alcances efectuados para la telefonía IP son válidas igualmente para la vídeo conferencia por Internet, así como la conclusión final referida a la circunstancia de que, a pesar de que existen pequeñas interrupciones, debe considerarse como un proceso comunicativo fluido y, en consecuencia, de acuerdo a los parámetros tradicionales como una especie de contratación entre presentes.

El chat, por su parte, aún cuando no significa una mejora en comparación con la comunicación telefónica tradicional, es un proceso comunicacional en tiempo real, esto es, exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibándose las respuestas a las interrogantes planteadas por las partes en cuestión de segundos en el otro extremo de la línea de comunicación. Es por eso, que consideramos conforma también un proceso fluido de comunicación en el que las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la aceptación a una oferta contractual determinada, por lo que no se encuentran presentes los factores que hicieron al legislador de antaño calificar como “entre ausentes”, por ejemplo, al proceso comunicacional vía correo ordinario.

El correo electrónico, por el contrario, es considerado, por regla general, una especie de contratación entre ausentes, por tratarse de un proceso de comunicación sucesivo o interrumpido ya que, como sabemos, pueden transcurrir horas o días hasta que el mensaje de correo electrónico sea leído por su destinatario. Lo paradójico es que, si se aplica la teoría de la recepción y

la normas que hasta el momento han sido elaboradas especialmente para la contratación electrónica, el perfeccionamiento del negocio se producirá, por regla general, en forma prácticamente instantánea, ya que lo que se exigirá no es que el destinatario haya leído el correo sino que éste haya llegado a su órbita de conocimiento, lo que sucederá en el instante en que mensaje haya ingresado en la cuenta de correo electrónico que el destinatario mantiene en un determinado servidor, con independencia del momento en que decida recuperar y tomar conocimiento del mensaje.

En lo que respecta a la formación del consentimiento electrónico vía página Web, no es posible dar una respuesta unitaria a la cuestión relativa a si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, sino que será necesario realizar la distinción entre páginas Webs interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, de tal suerte que, por regla general, en los casos en que la Web cuente con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea, esto es, se trate de una Web interactiva, deberemos considerar tal proceso negocial dentro de la categoría *entre presentes* y, en caso contrario, como una especie negocial *entre ausentes*.

No obstante lo hasta aquí expuesto algunos autores afirman que "...Con todo, debemos advertir, que el ejercicio realizado destinado a intentar adscribir los medios más conocidos pertenecientes a las nuevas tecnologías de la información a las reglas de la formación del consentimiento entre presentes o ausentes es un ejercicio artificial y que, según hemos dicho, no corresponde a la realidad de Internet. Lo cierto es, y no debe perderse de vista cuando afirmamos, en general, que los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías son una especie de contratación entre presentes, lo que estamos afirmando realmente es que los consideramos o asimilamos a la categoría clásica de contratación entre presentes, pues, la realidad será que, en la gran mayoría de los casos, las partes se encuentran ausentes, al menos de acuerdo al sentido

que tradicionalmente se ha dado en el ámbito jurídico a la noción de <ausencia> y que hoy decimos se encuentra en entredicho”.²²

Por nuestra parte ya hemos sostenido que cuando se trata de contratos celebrados digitalmente, en vez de distinguirlos entre contratos entre presentes o ausentes, resultaría más apropiado referirnos a contratos simultáneos o no simultáneos ya que en la contratación electrónica también pueden advertirse ambas modalidades de acuerdos dependiendo si el intercambio de comunicaciones electrónicas se efectúa sin intervalo de tiempo, en forma instantánea (ej, por chat) o si media cierto período entre la oferta y la aceptación (ej. cuando el mensaje ingresa a la casilla de correo del destinatario quien deberá además abrir el mensaje para tener acceso a su contenido). En este caso, el orden jurídico deberá determinar el momento en que se produce el acuerdo de voluntades (oferta-aceptación), para lo cual se valdrá de las clásicas teorías de la aceptación, emisión, recepción o cognición.

Asimismo, en atención a la amplia difusión de los medios de comunicación electrónica en todos los ámbitos de la vida humana nos aventuramos a estimar como conveniente la sustitución de la antigua clasificación entre contratos entre presentes y entre ausentes por esta nueva terminología de contratos simultáneos o no simultáneos que consideramos comprensiva de las distintas formas de expresión, de manifestación de la voluntad.

A su turno, el autor antes referido afirma que “...Otra faceta que demuestra la insuficiencia de las normas existentes para tratar adecuadamente los aspectos relativos a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías se refiere al hecho de que en los casos que hemos concluido la posibilidad de aplicación de las reglas establecidas para ausentes, resultará, que la consecuencia final será la misma que si hubiere recibido aplicación la regla establecida para la formación del consentimiento entre presentes, de lo que puede colegirse que la norma no produce ningún efecto práctico que

²² PINOCHET OLAVE, Ruperto, La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico. Ob. Cit.

justifique su aplicación, al menos, en las hipótesis de contratación electrónica”.²³

No estamos de acuerdo con tal afirmación especialmente en consideración a lo que a la contratación electrónica internacional se refiere. La cuestión central radica pues, en establecer el momento, y el lugar de la formación o perfeccionamiento del contrato, ya que si bien podemos decir que existe certidumbre a su respecto cuando en el acuerdo las partes se encuentran físicamente presentes; el imperio de la “locus regit actum”²⁴ requiere precisión respecto al momento y lugar de perfeccionamiento del contrato. Su determinación en los contratos no instantáneos (acuerdos a distancia) puede plantear incertidumbre, y para solucionarla tradicionalmente se han desarrollado, las siguientes teorías:

1) Sistema de la declaración o aceptación: El contrato se perfecciona cuando la oferta es aceptada.

Para la teoría de la declaración o emisión, la perfección del contrato tiene lugar desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación. La teoría de la declaración jurídica se crítica por la circunstancia, a pesar de ser estrictamente consecuente con la dogmática, de que no reconoce el carácter recepticio que debe asignársele a las declaraciones contractuales y, en segundo lugar, porque no se considera justo que un contratante -el oferente- quede vinculado por un declaración que ignora por completo.

2) Sistema de la remisión: El contrato se encuentra celebrado cuando la aceptación ha sido remitida al proponente (mailbox rule o posting rule). Buscando posiciones que atenuaran los efectos negativos de la teoría de la emisión, se desarrolló la denominada teoría de la expedición o remisión. Para

²³ PINOCHET OLAVE, Ruperto. Ob. cit

²⁴ Esta regla establece que la ley del lugar de celebración del acto rige las formas extrínsecas de validez del mismo. Edmond Picard considera que la regla debería expresarse “*lex loci celebrationis o ley loci actus regit instrumentum ejus*”, es decir que la ley del lugar donde el acto se perfecciona rige el instrumento del mismo. La mayoría de los juristas coinciden en que su origen está en el derecho romano, pero otros autores lo hallan en la opinión de los glosadores y posglosadores, especialmente en Bartola de Sassoffratto –Escuela Estatutaria de Bolonia_ en relación a los testamentos, y a Alberic de Rosate, su generalización a los demás actos jurídicos.

tal postura doctrinal no sólo es necesario que el aceptante haya declarado su voluntad de aceptar sino que se requiere, además, que la haya dirigido a su destinatario con la intención de que éste pueda conocerla.

3) Sistema de la recepción: El momento de la formación del contrato es aquel en la que la aceptación haya sido recibida por el oferente. una modalidad de la teoría del conocimiento, considera que no es necesario que el oferente haya tomado efectivo conocimiento de la aceptación para que el contrato quede perfeccionado bastando para tal propósito que la aceptación haya llegado al ámbito o círculo de intereses del oferente. Si no ha tomado conocimiento de aquella es un hecho imputable sólo a él y, en consecuencia, el aceptante no tiene por qué sufrir las consecuencias de su actuar negligente.

4) Sistema de la información: Hay acuerdo cuando cada una de las partes tiene conocimiento de la conformidad prestada por la otra.

La teoría del conocimiento o de la cognición, por su parte, agrega más exigencias al requerir para la perfección del consentimiento no sólo la declaración de voluntad del aceptante sino además que ésta llegue efectivamente a conocimiento del oferente.

Requiere: a) Una oferta aceptada; b) una aceptación manifestada; c) la manifestación haya sido expedida; d) la aceptación ha sido recibida por el oferente; e) la información del aceptante sobre la recepción por parte del oferente de la aceptación del contrato.

Tal postura, intentando solucionar las críticas formuladas a la teoría de la declaración se ubica en el extremo opuesto. Suele observarse que esta vez deja desprotegido al aceptante ya que: "sí el aceptante del contrato ha hecho todo cuanto estaba en su mano y cuanto cabía exigirle,... para que su aceptación llegara a conocimiento del oferente y no ha ocurrido así por un hecho que le es imputable a este último, ¿es justo que la declaración de aceptación quede ineficaz y que por consiguiente no exista contrato?".

A su vez, estos sistemas combinados pueden dar lugar a dos teorías:

-Teoría de la cognición presunta: considera que el contrato celebrado por correo o telegrama se concluye en el momento en el lugar en el que el oferente

tenga conocimiento de la aceptación, se entiende que existe este conocimiento cuando llega la aceptación a la dirección del oferente, salvo que el oferente demuestre que, sin su culpa, le fue imposible tener acceso a ella.

- Teoría mixta entre expedición y cognición: el contrato en relación con el oferente se perfecciona en el momento de la expedición de la aceptación (mailbox rule) pero en relación con el aceptante, el contrato está concluido cuando su aceptación sea conocida por el oferente (cognición).

Las diferentes teorías enunciadas, encuentran cabida en los distintos ordenamientos de fuente interna como convencional.

Fuente interna:

Código Civil: Habrá que distinguir según que el contrato tenga o no lugar de ejecución determinado.

Artículo 1214: “Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”.

Artículo 1154: “La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

SISTEMA DE REMISIÓN O EXPEDICIÓN

En el ámbito integrado del MERCOSUR existe asimetría en las soluciones de fuente interna ya que Argentina, Brasil y Paraguay adoptan el sistema de la expedición; en tanto que Uruguay se inclina por el criterio de la recepción.

Fuente convencional:

A su turno las normas de fuente interna argentinas, que nos vinculan diferentes países en el ámbito americano e in americanos establecen:

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Ley 3.192)²⁵:

Artículo 37: “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta”.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (Decreto ley 7.771)²⁶:

²⁵ Ratificado por Argentina, Bolivia y Perú, con la adhesión de Colombia.

Artículo 42: “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”.

Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980 (ley 22.765):

Artículo 23: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme lo dispuesto en la presente Convención”.

Artículo 18: “2. La aceptación de la oferta surtirá efecto desde el momento en que ella llegue al proponente”. SISTEMA DE LA RECEPCIÓN.

Estas nuevas tecnologías utilizadas en los negocios internacionales nos colocan ante nuevas cuestiones que deben ser resueltas por el sistema jurídico.

La forma del contrato electrónico:

Conforme el artículo 973 del Código Civil argentino “La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”.

El desconocimiento de la real ubicación de los contratantes, el momento y lugar exacto e indudable del acuerdo, hacen de difícil aplicación la regla *locus regit actun* a las formas contractuales (art. 12 y 950 CC).

Resultará entonces esencial el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación electrónica para su calificación como contrato entre presentes o ausentes (simultáneos o no simultáneos).

Al no existir norma expresa que los regule, son de aplicación los sistemas de la información, aceptación, remisión y recepción para establecer:

- La existencia o no de acuerdo.
- El momento de la conclusión del contrato.
- El lugar de celebración.

Fuente interna:

Código Civil:

²⁶ Ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay.

Artículo 12: “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde su hubieren otorgado”. (*Locus regit actum*).

Artículo 950: “Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren (art. 12)”.

Artículo 974: “Cuando por este Código, o por leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”. (Autonomía de la voluntad).

Artículo 1180: “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”.

Artículo 1181: “La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hecho por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato”.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL ideada, concebida como modelo de modificación o elaboración de normas de derecho interno en la materia, dispone 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”.<http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html> - 39#39²⁷

Fuente convencional

²⁷ Análogamente, la "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior" establece, en el Artículo 9 (Contratos por vía electrónica), lo siguiente: "Los Estados miembros velarán por que su legislación haga posibles los contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán, en concreto, 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 por razón de su celebración por vía electrónica." Véase el Documento 599PC0427, en http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/dat/1999/en_599PC0427.html.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Ley n° 3.192):

Artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (decreto ley n° 7.771):

Artículo 36: “Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran y otorgan”.

El perfeccionamiento del contrato por correspondencia se rige por el artículo 42, que lo fija en el lugar de donde partió la oferta aceptada.

Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley n° 22.765).

Por aplicación de los art. 18.2 y 23, si se trata de una red punto a punto, la perfección del contrato será la llegada del mensaje al sistema informático. Si se trata de una red gestionada, varios son los momentos en que se puede perfeccionar:

- a. Cuando el mensaje llegue al ordenador del receptor, lo que se produce cuando el receptor recupere el mensaje del buzón del centro de compensación y lo lleve a su propio ordenador. Tiene como inconveniente que el receptor puede aplazar la llegada del mensaje.
- b. Cuando el receptor esté en condiciones de trasladar el mensaje del centro de compensación a su ordenador, lo que se interpreta que se produce el mismo día de la recepción o, si es festivo, al día siguiente.
- c. Cuando el mensaje llega al centro de compensación (servidor).

LEY APLICABLE. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Existe un reconocimiento cada vez mayor del papel esencial que puede desempeñar la autonomía de la voluntad en los contratos en el mercado internacional del comercio electrónico.²⁸

²⁸ Véase, por ejemplo, el documento de posición del Gobierno de los Estados Unidos "A Framework for Global Electronic Commerce", (1 de julio de 1997), en <http://www.ecommerce.gov/framework.htm>. En él se recomienda que los participantes en el mercado definan y sistematicen la mayoría de las reglas que regirán el comercio electrónico, y

El principio o dogma de la autonomía de la voluntad tiene aplicación tanto en el derecho interno, proclamando la libertad de contratación, el respeto de la voluntad de las partes en la interpretación y ejecución del contrato, etc.; cuanto en el internacional como la facultad de las partes de elegir la ley que habrá de regir sus contratos internacionales.

En este último aspecto puede considerárselo como:

Autonomía {
a) La voluntad del sujeto es una fuente originaria de derecho, independiente de todo orden jurídico preestablecido.
b) La voluntad del sujeto es una fuente derivada capaz de crear normas jurídicas porque el orden jurídico lo habilita para ello.

Por imperio del principio de autonomía interna de las partes o libertad de contratación, el contrato es un mecanismo flexible, pero al mismo tiempo vinculante desde el punto de vista jurídico, por cuanto el contrato quizá pueda considerarse la medida autorreguladora más importante de que disponen las partes implicadas en el comercio electrónico.

La justificación para reconocerle a las partes de la facultad de seleccionar el derecho aplicable al contrato internacional está dada porque otorga:

- 1) Seguridad Jurídica preventiva: Las partes al conocer los términos del ordenamiento jurídico que regula su relación, podrán ordenar, adaptar, prevenir los comportamientos, adecuándolos a los requisitos y requerimiento de dichas normas.
- 2) Certeza jurídica aplicada: la ley elegida por las partes será, en definitiva, aplicable al fondo de la controversia. En caso de conflicto, la cuestión será resuelta de conformidad con el derecho elegido por las partes.
- 3) Realización de los intereses de las partes: El contrato puede ser más convenientemente adaptado a sus necesidades de las partes.

A su turno, cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad en el orden internacional, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma

se afirma que los gobiernos deberían establecer un entorno sencillo y predecible basado en un modelo de ley contractual y descentralizada.

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), lo que 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. Ante tal supuesto consideramos que deben diferenciarse claramente ambas hipótesis y que deberían propiciarse instrumentos, herramientas contractuales que prevean perfectamente la eventualidad de controversias.

En la Unión Europea se reconoce la autonomía de la voluntad bajo un criterio de tutela de cierta categoría de personas consideradas jurídicamente más débiles que intenta recomponer el equilibrio contractual mediante la protección de los más débiles en la negociación. Así:

- a) Consumidores: La Convención de Roma (hoy Reglamento Roma I) establece en el artículo 5 apartado 2 “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º 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”.
- b) Trabajadores: En el artículo 6, apartado 1, la Convención de la UE establece “No obstante lo dispuesto en el artículo 3º, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo...”.

Tal como lo hemos señalado en numerosas oportunidades, el principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional parece haber sido ignorado por Vélez Sarsfield en el Código Civil argentino, rechazado por el Tratado de Montevideo de 1940 y finalmente consolidado tanto por la doctrina como la jurisprudencia argentinas²⁹.

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.

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 estatales 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*”³⁰. Para sus mentores, la aplicación de la *lex mercatoria* brinda una suerte de solución completa, total en materia sobre todo, de arbitraje en contratos internacionales. Sus defensores como aves agoreras, han llegado a advertir al mundo acerca del futuro incierto del derecho internacional privado al

²⁹ Ver también en este sentido y para un desarrollo extenso del principio de la autonomía de la voluntad a 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.

³⁰ Ver trabajo Feldstein de Cárdenas, Sara L. “La lex informática: 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.

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”³¹.

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 *nueva lex mercatoria* o ahora denominada *lex cibernética*, 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, no obstante ello no implica aceptarla como un tercer orden jurídico. Sostener esto implicaría, conduciría; si seguimos el criterio de aplicar a cada relación jurídica la norma

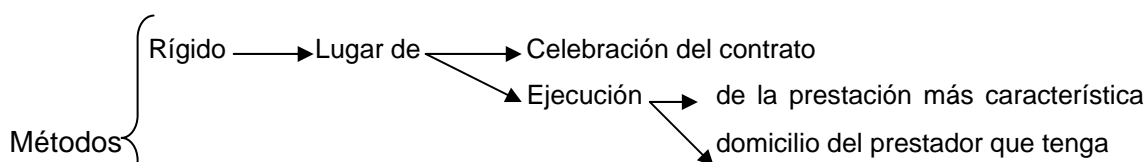
³¹ Ver Feldstein de Cárdenas, Sara L. “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”, antes citado.

más conforme a su naturaleza intrínseca y esencial³²; que la *lex cibernetica*, podría incluso desplazar a las normas nacionales o internacionales imperativas, postura que nos permitimos no compartir.

Las partes en el contrato digital podrán acudir para regular sus relaciones electrónicas a los usos y costumbres del e-commerce, a los principios generales, siempre que tal posibilidad esté previsto por el orden jurídico aplicable; siempre en la medida del reconocimiento de la autonomía de la voluntad.

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

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión, que como vimos, resulta 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 cuál de las prestaciones, de que obligación contractual. Por ello, también aquí se han elaborado 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 adeptos³³.



³² Por aplicación de la "regla de solución" que elaborara el jurista Federico Carlos de Savigny para determinar la norma aplicable a cada relación jurídica internacional.

³³ 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.

que ejecutar la prestación +
característica.

Flexible—→ Vínculos más estrechos o conexión real

El contexto en el que se desarrolla el comercio electrónico, no facilita el objetivo de resolver las controversias, puesto que permite no solo la contratación a través de la red sino también que puedan cometerse infracciones sin que exista con claridad una jurisdicción en la que se pueda interponer una demanda, y puede fomentar, facilitar la búsqueda del fuero más conveniente generando así incertidumbre y decisiones potencialmente conflictivas.

JURISDICCION E INTERNET

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 D.I.Pr. aplicables, sino en todo caso, mientras el sitio al que se vincula el conflicto resulte accesible desde el territorio del foro. Asistiríamos así a una suerte de competencia universal. Esta aparente sencilla solución esconde un riesgo importante: el tan temido “*forum shopping*”, ya que el actor podría elegir discrecionalmente el juez competente.

Cabe 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 pueden desconocer 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 estatales.

En este sentido, se vislumbra que el objeto resulta, por lo menos sensiblemente intangible, resbaladizo, huidizo.

Se enfrentan aquí dos líneas de pensamiento:

- 1) 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,
- 2) la tesis afirmatoria según la cual el espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, merece ser jurídicamente reglado.

La denominada jurisdicción internacional es en realidad 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 estatales o arbitrales. Es en este aspecto en el que nos centraremos en oportunidad del presente trabajo. La prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en la doble posibilidad:
 - a) El arbitraje tradicional.
 - b) El denominado ciberarbitraje o arbitraje *on line*, modalidad sobre la que se ha alegado el ahorro de gastos, la innecesidad de trasladarse y la celeridad de procedimiento.
- El poder de un tribunal (estatal o arbitral) de producir un fallo en condiciones de ser reconocido y ejecutado en otros Estados (JURISDICCIÓN INDIRECTA).

Estos tres aspectos de la jurisdicción para ser contemplados, determinados en las relaciones internacionales electrónicos deberán sufrir ciertas adaptaciones.

JURISDICCIÓN DIRECTA:

Los artículos 1215 y 1216 del Código Civil argentino 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, entre los que podemos recordar los casos Espósito, Quilmes Combustibles, INTA, entre tantos otros.

En el ámbito convencional los célebres Tratados de Derecho Civil Internacional 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.

Así en lo pertinente expresa:

Artículo 56: “Las acciones personales deben entablarse ante los jueces de lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio.

Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

...”

En el ámbito específico del MERCOSUR el Protocolo de Buenos Aires que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial, 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. Así dispone:

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”.

Advertimos que la legislación es uniforme, conteste, en determinar el “domicilio” como uno de los criterios válidos para la asignación de la competencia jurisdiccional.

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, cuestionarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente.

Además, 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.

Asimismo, se han definido dos criterios para establecer como juez competente el del lugar de domicilio del “consumidor pasivo”: 1) se puede demandar en un 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.³⁴

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 substantial justice*", establecidos en ya célebre caso *International Shoe*.

En cambio en cuestiones penales, se requiere la "*physical 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*"³⁵, y a su turno, en el fallo "*Rannoch, Inc. v. Rannoch Corporation*" 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 personam* debido a que no hay suficiente

³⁴ 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.

³⁵ 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).

evidencia de que las actividades de Internet sean directamente dirigidas a Virginia o que sólo usen ese *web site* los allí residentes.

Asimismo, se ha establecido 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 territorio³⁶.

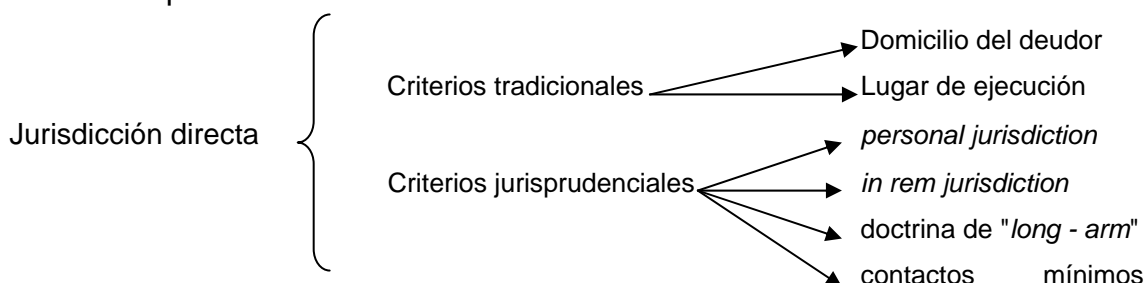
A su vez, se ha desarrollado la doctrina de los *contactos mínimos*, conforme con la cual el demandado puede estar sujeto a la jurisdicción específica o general *in personam* en el Estado del foro, mas para afirmar la jurisdicción general, el actor debe demostrar que sus actividades son el resultado directo de su relación con el foro, que la demanda deriva de un foro donde el demandado realiza sus actividades y se trata del ejercicio de una jurisdicción que ha de ser justa.

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

³⁶ Ohio Rev. Code 2307.382(a) (Anderson 1995).

distinción entre sitios interactivos o pasivos. La 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.³⁷



Corresponde también distinguir las transacciones en las que se hace un pedido en línea, pero los bienes o servicios se envían al cliente fuera de línea, por los canales habituales de distribución de aquellas transacciones que se realizan exclusivamente en línea, es decir que la mercadería se distribuye o el contrato se cumple a través de la red (venta de libros digitales, sistemas de computación, antivirus, etc.), en los cuales el lugar del cumplimiento puede ser

³⁷ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, SCOTTI, Luciana, RODRÍGUEZ, Mónica S. y MEDINA., Flavio: "Una mirada a la Contratación Internacional Electrónica desde el Derecho Internacional Privado. Ponencia presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro.

difícil de precisar. ¿Coincidiría con la ubicación de la computadora del comprador (por ejemplo, un programa que se descarga en la computadora del cliente) o con el sistema del vendedor (por ejemplo, la compra de valores en línea mediante procesos informáticos en el servidor del vendedor)?

Para evitar esos posibles problemas, siempre que sea posible en los acuerdos en línea se debería designar el lugar en el que, de acuerdo con el contrato, se considera que el cumplimiento ha tenido lugar o, mejor aún, especificar el tribunal o tribunales que, previo acuerdo de las partes, tendrán autoridad jurídica en caso de controversia.[http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html - 73#73](http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html-73#73)

En la Mesa Redonda de Ginebra sobre cuestiones de derecho internacional privado planteadas para el comercio electrónico e Internet se analizaron problemas similares. El grupo recomendó pedir a las partes que participan en las transacciones en línea que den a conocer su residencia habitual o su sede principal, ya que puede suponer una importante herramienta para determinar el tribunal competente para conocer de un conflicto contractual.³⁸

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En junio de 1997, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³⁹ 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 elaboró un "Anteproyecto de Convenio sobre competencia judicial y resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil". El proyecto tuvo dos objetivos: en primer lugar, armonizar las normas jurídicas y limitar los lugares donde puede entablarse acciones judiciales, evitando así una multiplicidad innecesaria de procedimientos así como posibles decisiones

³⁸ Véase "Proyecto de Recomendaciones: Mesa Redonda de Ginebra sobre cuestiones de Derecho internacional privado planteadas por el comercio electrónico e Internet", Universidad de Ginebra y La Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado (septiembre de 1999).

³⁹ La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado se creó en 1893 como una organización intergubernamental cuyo propósito es trabajar en favor de la progresiva unificación de las normas de Derecho Internacional Privado, elaborando y negociando tratados multilaterales ("Convenios de La Haya").

judiciales contradictorias; y, en segundo lugar, simplificar y agilizar el reconocimiento y el cumplimiento de las decisiones judiciales, siempre que satisfagan las disposiciones del anteproyecto de Convenio.

La Comisión Especial señaló que en su Anteproyecto que se había aplazado el estudio del comercio electrónico.<http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html-52#52>⁴⁰

En febrero de 2000 tuvo lugar en Ottawa una reunión de expertos, bajo los auspicios del Gobierno canadiense, para analizar los problemas relativos al comercio electrónico y la jurisdicción internacional.

Las conclusiones formuladas en ese encuentro no prosperaron en la reunión de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya, de mayo de 2000. Por otro lado, la Comisión Especial había previsto organizar reuniones análogas de expertos en problemas de propiedad intelectual y jurisdicción internacional. Finalmente la Conferencia se organizó de manera que pudieron analizar de forma más completa las nuevas prácticas comerciales de comercio electrónico, así como los problemas de propiedad intelectual y jurisdicción y otras cuestiones.

Desde el 14 al 30 de junio de 2005 tuvo lugar el vigésimo período ordinario de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Comisión II de este período de sesiones examinó el proyecto de Convenio de La Haya relativo a los acuerdos exclusivos de elección de foro y aprobó el texto definitivo del proyecto, el 30 de junio de 2005.⁴¹

La Convención se aplicará únicamente a los “contratos entre empresas” y tiene por fin establecer nuevas normas jurídicas sobre competencia, en las que se designe a los tribunales en cláusulas exclusivas de elección de foro, así como

⁴⁰ La Comisión Especial preparatoria había examinado la pertinencia de las disposiciones del anteproyecto de Convenio en el ámbito del comercio electrónico. Esta cuestión fue nuevamente analizada por un grupo de especialistas en la materia, reunidos a comienzos del año 2000.

⁴¹ En el sitio Web de la Conferencia de La Haya puede consultarse el texto definitivo del Convenio, y las contribuciones realizadas al proyecto de texto por los Estados miembros y los observadores, incluida la OMPI, además de otro material de información: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=98 (texto definitivo) http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=4

el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales así designados.

Reglamento 44/2001(CE) relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales.

La Comisión Europea publicó una "Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" y el 22 de diciembre de 2000 el Consejo aprobó el Reglamento N° 44/2001⁴², que sustituyó el Convenio de Bruselas de 1968 (y su Protocolo), a fin de mejorar y agilizar la circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil dentro del mercado europeo. Coincide en muchos aspectos con el Convenio de Bruselas y engloba de manera amplia los resultados de las negociaciones de un grupo de trabajo especial para la revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano.<http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html - 54#54>

El Reglamento determina la competencia judicial en materia civil y mercantil. Estipula que las resoluciones adoptadas en un Estado miembro serán reconocidas en los restantes Estados miembros sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento, salvo en caso de oposición. La declaración relativa al otorgamiento de ejecución de una resolución debería producirse de manera casi automática tras un simple control formal de los documentos presentados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos por el Reglamento.

Establece distintos supuestos de jurisdicción directa. Así:

a) Competencia general.

⁴² El Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", del 22 de diciembre de 2000. es aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea. Sustituye al Convenio de Bruselas de 1968, que era aplicable entre los Estados miembros antes de la entrada en vigor del Reglamento, excepto por lo que se refiere a los territorios de los Estados miembros que entran en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del presente Reglamento con arreglo al artículo 299 del Tratado CE. El Reglamento enumera una serie de convenios y tratados celebrados entre los Estados miembros y que son sustituidos por el presente Reglamento (artículo 69).

El principio fundamental es que la jurisdicción competente es la del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad. La determinación del domicilio se efectúa en función de la ley del Estado miembro del tribunal competente. Cuando una parte no tiene un domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, para determinar si dicha persona tiene un domicilio en otro Estado miembro, el juez deberá aplicar su legislación interna. Para las personas jurídicas y las sociedades el domicilio se define en función del lugar en que se encuentra su domicilio social, su administración central o su establecimiento principal. Para los grupos, el domicilio es definido por el juez del Estado miembro cuyo tribunal conoce del asunto; el juez aplica las normas de su Derecho internacional privado.⁴³

b) Competencia especial.

A pesar del principio básico de que el tribunal competente es el del Estado miembro donde está domiciliado el demandado, este último puede ser llevado ante los tribunales de otro Estado miembro; ello ocurre en el marco de las competencias enumeradas por el Reglamento: competencia especial, competencia en materia de seguros, contratos de consumo, contratos de trabajo individuales y competencias exclusivas.

La competencia especial de los tribunales engloba, por ejemplo, las materias contractuales el tribunal del lugar donde la obligación fue o debería haber sido cumplida o lugar de ejecución (artículo 5).

c) Competencia exclusiva.

El Reglamento prevé competencias exclusivas de los tribunales sin consideración del domicilio en los casos de:

1. inscripción o validez de patentes, marcas, diseños y modelos o derechos análogos (los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se efectuó el depósito o registro con arreglo a un instrumento comunitario o algún convenio internacional);

⁴³ Artículo 60 III.

2. ejecución de resoluciones judiciales (los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución).

CIBERCULTURA JUDICIAL⁴⁴

El sector justicia no ha escapado a las transformaciones producidas por los avances tecnológicos, sino que se ha valido de ellos siendo incuestionable el impacto que las TICs también han producido en este sector.

Las tecnologías de la información y comunicación han permitido ir dejando atrás la forma artesanal y rudimentaria a la cual hemos estado impuestos a trabajar desde hace décadas, dando como resultado el surgimiento de comunidades virtuales y redes sociales en el ámbito de la justicia.

Como se ha afirmado “la dama ciega de la justicia ya no anda solo con la espada y la balanza en sus manos. Ahora, quiéralo o no, debe apoyarse en un teclado, en Internet y las redes de computadoras del mundo.”⁴⁵

Desde que la informática empezó a dar sus primeros pasos comerciales en la década de los 60 y 70 del siglo pasado, también se empezaron a desarrollar soluciones informáticas, digitales aplicadas al sector justicia, tomando paulatinamente forma lo que hoy se conoce como informática jurídica.

En América Latina, desde comienzo de los años 70 se empezó a hablar de Informática Jurídica, en boca de autores como, Anselmo Martino, Antonio Millé y Fernando Jordan Florez, entre otros.

Ya para los años 80 se empezó a manejar difusamente el término de derecho Informático y a comienzos de los años 90, a hacerse una realidad la presencia de la Informática en la Justicia, ya sea mediante “sistemas de seguimiento de casos”, también conocidos como “Tracking Systems”, de manejo de jurisprudencia en sistemas documentales, sistemas para el manejo de estadísticas, entre otros.

⁴⁴ Permítanos el lector este término que extrajimos del trabajo Cibercultura judicial de Darwin Muñoz, publicado en AR: Revista de Derecho Informático ISSN 1681-5726 Edita: Alfa-Redi No. 118 - Mayo del 2008. República Dominicana.

⁴⁵ Ob. Cit. Nota 40

Desde entonces, muchos han sido los proyectos financiados por la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), entre otros, a efectos de hacer posible la introducción de cambios y reformas en la justicia de nuestros países incluyendo, por supuesto, el uso de las TICs.

La vanguardia en el uso de las TICs aplicadas a la justicia siempre ha estado de la mano con los países desarrollados, como Estados Unidos, España, Alemania, Inglaterra, entre otros.

Hoy en día, la mayoría de los países cuentan con algún grado de uso de las TICs, en el manejo y prestación del servicio de Justicia a sus diferentes sociedades y en el manejo administrativo del Poder Judicial.

En el documento base, preparado por Alberto Binder, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas, del Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), sobre el foro “El uso de información en las instituciones de justicia”, plantean que: “El enorme salto tecnológico que se ha dado en los últimos años en el manejo y uso de los sistemas de información ha impactado de un modo inocultable los viejos modelos y ha generado nuevas expectativas sobre la base de la información que debe tener una decisión para ser considerada como razonable y justificada. Es decir, que nos hallamos ante una organización necesariamente en transición donde el uso de la información deberá cumplir una triple función.

Por una parte, debe ayudar a esa transición, asumiendo que los procesos de toma de decisión todavía no están normalizados y por lo tanto serán una mezcla de nuevas y viejas formas. Pero de todos modos el sistema judicial debe seguir funcionando y debe transformarse sobre la marcha.

En segundo lugar, los sistemas de información deben acompañar y ayudar a moldear los nuevos procesos de toma de decisión que surjan de los nuevos modelos organizacionales.

En tercer lugar, el sistema de información en sí mismo debe ser un instrumento, una herramienta que promueve la transformación organizacional

provocando una nueva exigencia de racionalidad, generando nuevas expectativas y estableciendo patrones de calidad que no puedan ser eludidos en el proceso de toma de decisión”.⁴⁶

Es innegable que al día de hoy estamos asistiendo a una de las transformaciones más profunda de la administración de justicia gracias a las TICs.

Un concepto muy importante, dado que fue de lo primero que se empezó a usar de manera formal en la administración de justicia es la denominada informática jurídica, la cual es definida como “la utilización de los diferentes conceptos, categorías, métodos y técnicas propias de la informática en el ámbito de lo jurídico. Se relaciona con la creación de flujo, clasificación, sistematización y utilización de datos requeridos, en la ‘producción’ y/o en la administración de lo jurídico, así como en el estudio de las implicaciones o efectos que esta utilización produce en el seno mismo del derecho y por ende en la sociedad.”⁴⁷

Tal como afirma el Dr. Fernando Jordan, en su libro, Las Nuevas Tecnologías, el Derecho y la Justicia “la función del Derecho consiste en adecuarse a las nuevas necesidades de la sociedad, para establecer continuamente, las nuevas reglas de convivencia, los procedimientos y los sistemas de control y coerción, de organización y de convivencia, en un mundo globalizado y cambiante”.⁴⁸

En efecto, con el avance tecnológico y el desarrollo de los nuevos mecanismos de comunicación electrónica se han roto paradigmas tan arraigados como el del tiempo y del espacio, en virtud a que se ha logrado transformar la percepción psicológica de ciertas categorías o conceptos, en la medida en que los medios de comunicación digital nos permiten trabajar en tiempo real a

⁴⁶ <http://www.justice.gouv.fr/>: Ministerio de Justicia de Francia. Desarrolla el tema del Ministerio de justicia y su biografía, el gabinete del ministerio de justicia, la justicia en Francia, los textos fundamentales, Constitución francesa. Información disponible en inglés, francés y español.

⁴⁷ JORDAN FLOREZ, Fernando, “La informática jurídica”, Universidad piloto de Colombia, Bogotá, 2da. Edición, 1988. PP. 49.

⁴⁸ JORDAN FLOREZ, Fernando, “Las Nuevas Tecnologías, el Derecho y la Justicia”, Servigraphic, LTDA, Colombia, 2000. Página 21.

velocidad imperceptible para el sentido humano, dando la sensación que tanto el tiempo como el espacio tienden a cero.

Definitivamente que el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) han revolucionado también el sector justicia. Nunca antes se pensó que podíamos llegar tan lejos en la mejora y optimización de los procesos judiciales. Cada año en el mundo se invierten miles de millones de dólares en la implantación de tecnologías aplicadas a la justicia.

Una muestra de la extraordinaria importancia que tienen las TICs para el sector justicia lo constituye el *The Global Information Technology Report* auspiciado por el *World Economic Forum*, donde se dedican varios apartados para medir el impacto de las TICs en este sector.

En tal sentido, los responsables de dicho informe para el 2007, Soumitra Dutta E Irene Mia, introducen su informe diciendo que: “El ritmo de la innovación tecnológica en toda la comunidad mundial implacablemente está empujando hacia adelante. Ray Kurzweil, el futurólogo estadounidense, ha observado que ‘en el siglo XIX, vimos un cambio tecnológico mayor que en los nueve siglos anteriores. A continuación, en los primeros veinte años del siglo XX, vimos un adelanto mayor que en todo el siglo XIX. Ahora, los cambios de paradigma ocurren en sólo unos pocos años tiempo.... (la) experiencia de 100 años de progreso en el siglo XXI: será más parecida a 20.000 años de progreso al ritmo de hoy.”⁴⁹

Otra referencia importante es el *Court Technology Conference*, considerado el evento más importante del mundo donde se exponen las principales tecnologías aplicadas a la justicia.

⁴⁹ KURZWEILI, R.: 2001. “The Law of Accelerating Returns.” KurzweilAI.net. Disponible en www.kurzweilai.net/articles/art0134.html?printable=1 [consultado 29 febrero 2008]. “*The pace of technological innovation throughout the global community is relentlessly pushing forward. Ray Kurzweil, the American futurist, has observed that “In the nineteenth century, we saw more technological change than in the nine centuries preceding it. Then in the first twenty years of the twentieth century, we saw more advancement than in all of the nineteenth century. Now, paradigm shifts occur in only a few years time. . . . So we won’t experience 100 years of progress in the 21st century —it will be more like 20,000 years of progress (at today’s rate)*”

Definitivamente la justicia no es la misma desde que se han incorporado las TICs en su uso. Actualmente los paradigmas judiciales han ido cambiando y adaptándose a esta nueva realidad.

Darwin Muñoz destaca las principales Tecnologías de Información y Comunicación que se utilizan en el sector justicia, a modo de resaltar su importancia en dicho sector y cómo éstas son las bases de la “cibercultura judicial” que se ha creado. Sin perjuicio de retomar el desarrollo del uno de algunas de estas herramientas al referirnos a los medios de prueba en el proceso electrónico, los casos que deseamos señalar brevemente son los siguientes:

1. Comunidades Virtuales y redes sociales de temas judiciales: Estos son espacios virtuales que se han creado para todo tipo de intercambio a través del Ciberespacio.
2. Realidad Virtual: Existen diferentes tecnologías de realidad virtual, pero todas procuran proveer un sentido de interactividad como si fuera de forma presencial. En el ámbito judicial podemos ver varios ejemplos, entre ellos recorridos virtuales, solicitud de servicios, entre otros.
3. Chat: Esta herramienta permite mantener un contacto en línea con otras personas para intercambio de voz, datos y videos. Ha experimentado importantes mejorías a través de la incorporación de soluciones tecnológicas de vanguardia.
4. Agenda electrónica: La cual permite a los actores estar sincronizados con un punto de consulta único para conocer los casos sin tener que desplazarse.
5. Sistemas para la administración de recursos financieros y humanos: Estos sistemas están orientados a permitir un mejor control y seguimiento a los recursos que gestiona la justicia.
6. Seguimiento de casos (litigación a través de Internet, expediente virtual, desformalización de notificaciones, indicadores de tramitación). Estas soluciones han permitido brindar un mejor servicio a los usuarios del sistema de justicia al permitir una mejor gestión de sus expedientes.

7. Capacitación vía e-learning: Este es un elemento que ha permitido ayudar de manera importante en la formación de los actores del sistema de justicia.

8. Coordinación e intercambio de información de grandes bases de datos entre distintos países para mejorar la eficacia en la persecución del delito. Las TIC han resultado ser un aliado estratégico para combatir la delincuencia y el delito en todos los órdenes y manifestaciones.

9. Firma Digital: Esta es una de las tecnologías que mayor uso y beneficio está ofreciendo en los últimos años. La firma digital es un conjunto de datos electrónicos que identifican a una persona en concreto. Puede unirse a un documento enviado por medio telemático, como si de una firma tradicional se tratara, para que el receptor esté seguro de la identidad del emisor.⁵⁰

10. Acceso Electrónico a servicios públicos: La tendencia a en este sentido es que los ciudadanos reciban cada vez mejor y mayor servicio y de esa manera mejorar el acceso a la justicia, a través de la llamada Administración Electrónica o Administración Inteligente.

11. Sistemas de Gestión Judicial o los famosos Tracking System: Han venido a ser el corazón de las cortes y/o tribunales. Son sistemas que gestionan todo el trámite procesal de un expediente.

Podemos mencionar otras tecnologías y sistemas como son: tecnologías biométricas, iris and face reconigition, grandes bases de datos especializadas, correos electrónicos, GPS, sistemas de videoconferencia, datawarehouse, sistemas documentales, CRM, identificación por radio frecuencia (RFID), etc.

En consideración a la importancia y los beneficios de las TICs, además del rol que la tecnología está llamada a jugar en la efectividad de la justicia, corresponde poner de resalto que la transformación, modernización, actualización del Poder Judicial no debe escatimar esfuerzos ni recursos para garantizar sin restricciones el derecho del acceso a la justicia.

⁵⁰ Por cuestiones que hacen a la organización en la presentación de este trabajo, efectuaremos el desarrollo del concepto de firma digital, su uso, sus efectos y su regulación más adelante.

Atento ello debemos, impulsar una política coherente de uso, desarrollo y aplicación de las TICs., con una legislación que regule su utilización en forma flexible ya debe prever el avance y actualización constante de las nuevas tecnologías.

Avances de la Argentina hacia la informatización del Poder Judicial de la Nación⁵¹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación creó en diciembre de 2007 la Comisión Nacional de Gestión Judicial, encabezada el presidente del Máximo Tribunal, Ricardo Lorenzetti, e integrada por jueces de todo el país.

El objetivo principal de la gestión judicial es la modernización total del Poder Judicial, y la Comisión es la dependencia encargada de delinear políticas estratégicas y planes operativos que, mediante la incorporación de nuevas tecnologías y criterios de gestión, impulsan el rediseño de la organización del Poder Judicial.

El paradigma que propone la Comisión se distingue por reconocer a la gestión judicial como una herramienta de apoyo a la labor de los jueces, así como también la búsqueda de una mejora continua en el trabajo que cotidianamente cumplen magistrados, funcionarios, empleados, auxiliares y abogados.

A partir de estos principios, los objetivos de la gestión judicial se centran en los siguientes ejes:

- Gestión administrativa organizacional - Rediseño de procesos
- Coeficiente de gestión judicial
- Firma digital
- Notificación electrónica

Para el logro de dicho fin, podemos reseñar, a modo de ejemplo, algunas medidas que se han adoptado gradualmente, mientras avanzan las tareas que lleva adelante la Comisión Nacional de Informática, integrada por especialistas en tecnología de la información de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo

⁵¹ La información relativa a los adelantos informáticos en el Poder Judicial de la Nación, fue extraída del Sitio Oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, <http://intranet.pjn.gov.ar> consultado periódicamente durante la presente investigación en el año 2010.

de la Magistratura, con el objetivo de adquirir tecnología de avanzada para el plan de informatización del Poder Judicial de la Nación.

Los nuevos planes de gestión judicial son proyectos encarados por numerosos tribunales que buscan modernizar el servicio de justicia que se brinda a los ciudadanos. Paralelamente, la Corte apura un Plan Nacional de Gestión para mejorar la administración interna de los juzgados

Desde las notificaciones electrónicas hasta la consulta online de expedientes en Internet, los tribunales de todo el país alimentan un nuevo concepto de gestión judicial, enfocado en modernizar el servicio de justicia que se brinda a los ciudadanos y acelerar los plazos para resolver juicios.

En palabras del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, "Hay que transformar internamente el Poder Judicial, incorporar criterios de gestión, porque la que tenemos es del siglo XVII. Estamos trabajando para que esa gestión, que apunta al cambio cultural, sea también respaldada por la tecnología".

Así, en noviembre 2008 se pusieron en marcha en dos provincias avances tecnológicos que permitirán agilizar las causas judiciales: San Luis implementó un sistema informático de gestión integral y Entre Ríos amplió a nuevos fueros la consulta de expedientes por Internet.

San Luis

El 17 de noviembre de 2008, el Superior Tribunal de Justicia de San Luis implementó el Sistema de Gestión Integral de Administración de Justicia (GIAJ-TRAMIX), donde ya está siendo utilizado por el fuero civil de esa provincia.

Para la puesta en marcha del nuevo sistema informático se contrató a la empresa Unitech SA y su implementación será un proceso gradual, que conforme se prevé, se extenderá hasta mayo del 2010, de acuerdo con el plan de tareas acordado con la empresa, cuando la totalidad de las dependencias que integran la estructura judicial de la provincia estará trabajando con el nuevo sistema informático y los abogados podrán interactuar con el sistema desde Internet.

El sistema GIAJ-TRAMIX genera importantes ventajas, que se traducen en avances relacionados a la celeridad y agilización de los procesos, incremento de la tarea de oficio favorecida por la incorporación de procesos automatizados, la despapelización y descongestionamiento de los circuitos administrativos, factores que permitirían proporcionar una operatoria más eficiente y eficaz, disminuyendo también los costos.

Este cambio irá acompañado con la actualización de la legislación de procedimientos, tarea en la que están abocados los integrantes del Superior Tribunal de Justicia.

El sistema está planteado con arquitectura Cliente/Servidor para los usuarios internos del Poder Judicial, y arquitectura webenable con motor Oracle para los usuarios externos (abogados y otros justiciables). Las funcionalidades previstas incluyen la posibilidad para los profesionales de ingresar a sus expedientes y efectuar el control de las actuaciones, notificarse y también incorporar escritos en forma remota, es decir a través de Internet, todo mediante el uso de cualquier dispositivo que permita esta navegación.

La gran ventaja del Poder Judicial de San Luis, en comparación con todo el resto del espectro nacional, radica en que la provincia cuenta desde el año 2002 con un anillo informático (Intranet de fibra óptica y radioenlace) que vincula a todo el ámbito público provincial, a lo que se suma que se provee servicio wi-fi gratuito a toda la población.

Entre Ríos

El 28 de noviembre de 2008 se amplió el servicio de consulta de expedientes judiciales en Internet en la provincia de Entre Ríos, a los fueros civil, comercial y de paz, se le sumó el laboral, en sus tres instancias.

Desde hace un tiempo, el Máximo Tribunal entrerriano ofrece a la ciudadanía en general, y a los abogados y peritos en particular, la posibilidad de consultar por Internet el estado de las actuaciones judiciales en trámite en aquellos fueros de la capital provincial.

Pero a partir de noviembre de 2008 este servicio de consulta se amplió a los expedientes del fuero laboral de Paraná, a fin de agilizar gestiones evitando incómodas esperas en las Mesas de Entradas de los organismos, y contribuyendo a transparentar los procedimientos judiciales que se están llevando a cabo en las causas en las que se ha planteado vulneración de derechos del trabajo.

Estas consultas se pueden realizar a través de la página web del Poder Judicial (www.jusentrerios.gov.ar), donde con un simple “clickeo”, se accede a la consulta de expedientes, individualizándolos por número, o por apellido del actor o demandado, e indicando el organismo en el que se está tramitando: Juzgado, Cámara o Sala, similar al sistema de consultas de causas al que se accede a través de Intranet en la página oficial del Poder Judicial de la Nación. La información que se obtiene en línea es en tiempo real mientras los servidores se encuentran encendidos durante la actividad laboral. Cuando el trabajo cesa, y los servidores se apagan, los datos que el sistema proporciona son los que se han registrado en el último almacenamiento de cada día hábil (back up), y así se lo explicita en pantalla.

Además de consultar expedientes a través de la Mesa Virtual, los usuarios del sistema pueden también procurarse allí información sobre la identidad de los Magistrados y Funcionarios responsables de los organismos en línea (Composición del Poder Judicial). Y quienes lo utilizan de manera frecuente, pueden asimismo ingresar sus datos personales y administrar sus propias listas de actuaciones de consulta (Administración de usuarios del sistema).

Se estima que este nuevo servicio permitirá un seguimiento pormenorizado de las tramitaciones que se está llevando a cabo, se evitarán esperas incómodas en las Mesas de Entradas de los organismos judiciales, y se favorecerá la interconsulta entre los juzgados, agilizando la comunicación, en beneficio de la celeridad de las gestiones.

Santiago del Estero

También el Poder Judicial de Santiago del Estero incorporó un nuevo avance informático, con la puesta en marcha de un novedoso sistema de autoconsulta de expedientes e información general, destinado a profesionales del derecho y también al público en general, calificado como “mesa de entradas virtual para la gestión judicial”.

El sistema habilita el uso de pantallas táctiles, al estilo de los cajeros automáticos de bancos, con el diseño de un programa seguro y sencillo de utilización, que funciona en el hall central del Palacio de Tribunales.

Mediante ese software, al que tiene acceso el público en general, los profesionales pueden realizar consultas rápidas de expedientes en trámite y el acceso a información restringida a la que tienen acceso mediante una clave especial. Los datos obtenidos son en tiempo real y el sistema brinda una variada gama de posibilidades combinadas, a los fines del acceso a la información de interés para el profesional.

Salta

Desde octubre de 2009, los estudios jurídicos salteños comenzaron a recibir las notificaciones del Centro Judicial de Mediación en forma electrónica y como contrapartida, también pueden presentar sus oficios usando Internet. La Corte de Justicia de Salta implementó ambos sistemas a través de un plan piloto que se desarrollará inicialmente sólo en el ámbito de la mediación judicial, mientras que se proyecta extender su aplicación a los Juzgados de Personas y Familia.

La “notificación electrónica con tecnología de firma digital” permite al Poder Judicial llegar en cuestión de minutos a los estudios de los Mediadores, minimizando los tiempos de elaboración y distribución de las notificaciones en soporte papel que habitualmente demanda dos días. Este nuevo sistema posibilita además ahorrar recursos humanos y económicos del Estado.

La “presentación electrónica de oficios con tecnología de firma digital” permite a los profesionales presentar escritos desde sus oficinas a cualquier hora del día, teniendo en cuenta que la Dependencia Judicial destinataria, registrará su recepción en la primera hora hábil siguiente. El uso de esta modalidad evita el

desplazamiento de los Mediadores a la sede Judicial y contribuye a la descongestión de las oficinas.

La experiencia permitió sentar las bases tecnológicas y reglamentarias para expandir el uso de la tecnología en los tribunales salteños en otros fueros y jurisdicciones, una vez que la legislación así lo autorice.

En 2002 el Poder Judicial de Salta comenzó a incorporar la tecnología en la gestión de Justicia siguiendo los lineamientos trazados en su Plan Estratégico con la finalidad de agilizar el sistema de gestión administrativa y jurisdiccional, reduciendo los tiempos procesales, para producir resultados oportunos y efectivos demandados por los ciudadanos; como así también colaborar en una progresiva “despapelización”, de acuerdo a los principios de política ambiental para el Estado Provincial.

En tanto, en Neuquén, el Superior Tribunal de Justicia dispuso publicar en Internet sus acuerdos ordinarios y extraordinarios, plasmando de esa manera el principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno.

En Tucumán, la Corte Suprema de Justicia provincial habilitó un novedoso sistema de videoconferencia para que funcionarios judiciales de esa provincia puedan comunicarse con detenidos, medida que permitirá reducir costos y agilizar las causas al disminuir el número de traslados de privados de libertad desde los institutos penales a los juzgados para prestar declaraciones.

Mientras, avanzan las tareas que lleva adelante la Comisión Nacional de Informática, integrada por especialistas en tecnología de la información de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Magistratura, para implementar un proyecto piloto de notificaciones electrónicas en el fuero civil de la Capital.

También en Capital, la Justicia penal implementó un sistema de comunicaciones por correo electrónico entre juzgados y comisarías e institutos de detención, mecanismo que permite acelerar el trámite de las causas y ahorrar materiales y tiempo al personal.

El sistema es utilizado desde noviembre de 2008, como prueba piloto, por diez juzgados de Instrucción de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional: cinco (juzgados N° 8, 22, 25, 28 y 30) para las comunicaciones con la Policía

Federal y otros cinco (14, 17, 19, 20 y 26) para con el Servicios Penitenciario Federal. La intención es ampliarlo a más dependencias.

Alineada en el nuevo paradigma de gestión, la Cámara de Casación Penal requirió a la Corte Suprema de Justicia la puesta en funcionamiento de una oficina judicial que asistirá a aquel tribunal en las audiencias dispuestas por la ley 26.374, que obligó a realizar en forma oral todas las impugnaciones.

A fines de 2008 se pusieron en marcha dos avances tecnológicos en la Justicia argentina, que permitirán agilizar las causas judiciales. La provincia de San Luis implementó a un sistema de gestión integral de administración del Poder Judicial y Entre Ríos amplió a nuevos fueros la consulta de expedientes por Internet. Con estas medidas, se persigue facilitar la tramitación de causas acortar los tiempos de duración de los juicios.

Sistema judicial de notificaciones electrónicas

Con el objetivo de acelerar los procesos judiciales y la clara y decidida intención de reducir el tiempo ocioso que demandan las notificaciones efectuadas por cédulas, se puso en marcha el Sistema de Notificaciones Electrónicas de resoluciones judiciales del fuero civil en cuatro juzgados de la Capital Federal, a partir del cual el abogado podrá elaborar sus cédulas vía Internet y notificarlas por ese medio al juzgado y a su contraparte.

Se trata de una herramienta de fácil utilización y calificada en el sector como “revolucionaria”, por romper con un mecanismo de trabajo muy apegado al papel, en donde las notificaciones insumen la mayor parte del tiempo útil de cualquier juicio, ya que se estima que en Capital una cédula demanda 10 días del proceso y en provincia de Buenos Aires, entre tres o cuatro meses, lo que hace que el 70% en promedio del tiempo judicial sea consumido por esas comunicaciones.

Su funcionamiento es sencillo. Una vez dictada la resolución por el juzgado interviniente, ésta se enviará a un servidor especial, que dispara un e-mail a la casilla de correo del abogado de la parte a la que se va a notificar. Ese e-mail le avisa que tiene una notificación pendiente en el sistema. El letrado puede

ingresar o no al servidor con su contraseña. Si lee el correo electrónico, queda notificado y el sistema dispara un comprobante para el juzgado.

En principio, el sistema sólo puede ser utilizado en actuaciones ante los juzgados 1, 46, 74 y 94. Si la experiencia resulta, próximamente se extenderá a todo el fuero.

Inicialmente, la finalidad del proyecto no es eliminar totalmente la utilización del soporte papel para notificaciones, pero si limitar su uso a los casos de absoluta necesidad.

Su funcionamiento

a) El abogado confecciona una cédula para enviarla al juzgado o a su contraparte.

b) La cédula se envía al destinatario deseado y su receptor obtiene el aviso en la casilla de mail mediante un correo electrónico, informado oportunamente en el convenio.

c) El receptor de la notificación debe ingresar al sistema para efectuar la recepción efectiva de la notificación.

d) El sistema maneja los plazos convencionales establecidos para la recepción de cédulas. Vencido dicho plazo, la notificación se considera tácitamente recibida. Los adherentes se comprometen a ingresar en la página web por lo menos los martes y viernes (o el día siguiente hábil, si alguno de ellos fuera feriado), con el objeto de controlar la existencia de notificaciones pendientes. En los casos en los que el destinatario de la notificación no ingresara en el sistema para verificar sus notificaciones pendientes, se prevé un procedimiento por el cual el emplazado quedará notificado automáticamente de todas aquellas comunicaciones que tengan cinco días de ingresadas en el buzón personal del usuario.

e) La notificación cumplida de esa forma será informada automáticamente por la página web al tribunal y surtirá los mismos efectos que aquella que fue debidamente controlada por el destinatario en tiempo oportuno.

El convenio de adhesión que se encuentra disponible en la página Oficial del Poder Judicial es el siguiente:

Convenio de Adhesión al Sistema de Notificaciones Electrónicas Voluntarias

En la Ciudad de Buenos Aires, a los..... días del mes de de, en los autos caratulados: “.....”, que tramitan ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. , se procede a registrar la adhesión voluntaria al “Sistema de Notificación por Medios Electrónicos (en adelante Notificación Electrónica) aprobado por el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación mediante Resolución 385/2005, de la que da cuenta este instrumento.

PRIMERO: Suscribe el presente, en carácter de USUARIO, el Dr./Dra.....por su propio derecho/en representación, por la parte **ACTORA**, quien acredita su identidad con DNI....., con domicilio en la calle número..... Piso departamento.....localidad..... , Tomo..... Folio..... constituyendo en este acto como domicilio electrónico el siguiente Código de Usuario asignado por el sistema.....y estableciendo, a los fines de las comunicaciones informativas, la siguiente cuenta personal de correo electrónico:

SEGUNDO: El firmante aceptan que la totalidad de las notificaciones que deban cursársele en el trámite del proceso y que debieran diligenciarse por cédula o personalmente, se cursen por el sistema de Notificación Electrónica, al Código de Usuario establecido en este convenio; quedando a cargo del Juzgado la notificación de las otras partes y auxiliares del proceso, la que se practicará de oficio, por Secretaría.

TERCERO: El firmante se compromete a ingresar al Sistema de Notificaciones Electrónicas, los días martes y viernes, con el objeto de controlar la existencia de notificaciones pendientes. Toda vez que este sistema de Notificaciones Electrónicas tiene como objetivo agilizar los tiempos de trámite de las causas, si el destinatario de la notificación no ingresara al Sistema a controlar la existencia de Notificaciones Pendientes en los días antes mencionados, el emplazado quedará notificado automáticamente de todas aquellas comunicaciones que tengan cinco días de ingresadas al Código de Usuario informado en el presente convenio por el usuario. Dicha notificación será informada automáticamente por el sistema al Tribunal y surtirá los mismos efectos que las practicadas por cédula o personalmente.

CUARTO: Toda vez que el Sistema de Notificación Electrónica está a disposición del usuario las 24 horas del día, los 365 días del año, en aquellos supuestos en que las notificaciones sean enviadas por el remitente o controladas por el destinatario en día inhábil, el plazo habrá de comenzar a correr a partir del primer día hábil siguiente.-----

QUINTO: El firmante acepta las condiciones de uso del servicio del Sistema de Notificaciones Electrónicas y los requisitos técnicos necesarios para la correcta utilización del sistema. -----

SEXTO: En todos aquellos supuestos no previstos por la Resolución Nro. 385/2005, y/o en el presente convenio, será de aplicación analógica supletoria el CPCC de la Nación.-----

SEPTIMO: El firmante podrá dejar sin efecto su adhesión a este convenio en cualquier estado del proceso. Para ello, deberá formular una presentación por escrito en el expediente, comunicando su decisión, la que se hará efectiva en forma inmediata, retornándose al sistema de notificación personal o por cédula en soporte papel y reasumiendo automáticamente la carga de confeccionar y presentar las piezas destinadas a la notificación de los restantes sujetos intervinientes en el proceso. También quedarán sin efecto los alcances de este convenio, cuando por las razones que pudieran corresponder, se produjera el desplazamiento de la competencia a un Tribunal que no tenga implementado aún el Sistema de Notificaciones Electrónicas.-----

OCTAVO: El adherente, de conformidad, firma dos ejemplares, de lo que doy fe, firmando ambas piezas en constancia de ellos, tras lo que se le hace entrega de una de ellas, agregándose la otra al expediente que da cuenta del trámite del proceso. Ante mí, doy fe.-----

La digitalización de causas

Desde abril último, los juzgados 1, 55, 62, 75 y 100 del fuero Civil de la Capital Federal comenzaron a utilizar este método, con una prueba piloto de digitalización de diez expedientes cada tribunal, cuyo contenido puede consultarse por Internet.

En tanto, los juzgados civiles 1, 46, 75, 94 y 107 implementaron un mecanismo para recibir escritos judiciales por correo electrónico. También se trata de una

experiencia piloto, que habilita a los abogados a ingresar escritos de mero trámite (artículo 160 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y oficios, testimonios, edictos y mandamientos para su confronte, eventual corrección, impresión, firma y comunicación.

El sistema funciona así: el profesional envía la presentación vía correo electrónico a la casilla institucional del juzgado, el escrito se imprime y se adjunta al expediente. Incluso, puede ser remitido en día inhábil, aunque será incorporado en horario judicial.

Además, en caso de que en el confronte del oficio, mandamiento o testimonio realizado por el juzgado se detecte un error u omisión, el mecanismo permite su corrección electrónica inmediata, evitándose así las demoras que acarrea realizar los ajustes.

Más allá de agilizar el trámite de los procesos judiciales, el sistema también favorece la reducción de los costos para las partes, la reducción del papel - aunque no reemplaza por completo su uso en el expediente- y permite el envío de las presentaciones desde cualquier dispositivo electrónico sin necesidad de concurrir a Tribunales.

Además desde comienzo de 2010 y bajo la coordinación del equipo técnico de la Comisión Nacional de Gestión Judicial, antes mencionada, encabezada por el presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti, e integrada por jueces de todo el país, el fuero Civil de la Capital Federal ya utiliza el expediente digital para el pago de subrogaciones.

La subrogancia es el procedimiento por el cual un juez ejerce un reemplazo en algún juzgado o tribunal. Para cobrar su sueldo, hasta ahora cada magistrado debía confeccionar un oficio y presentarlo ante la cámara correspondiente, según el fuero. Luego, también mediante oficio, la cámara enviaba la documentación a la Secretaría General y de Gestión de la Corte para su evaluación final, antes de remitirlo a la Dirección Administrativa y Financiera del Poder Judicial, dependencia encargada de librar el pago.

Ahora, el nuevo método permite realizar todo el procedimiento en forma digital: el juez debe completar un certificado de subrogancias y remitirlo vía e-mail a la

cámara, quien mediante un sistema de firma digital autoriza y envía, también por correo electrónico, el pedido a la Dirección Administración Financiera, adjuntándole como archivo escaneado la designación de la subrogancia.

De esta manera se conforma el expediente digital que avalará el pago de cada sueldo.

A su turno, en febrero de 2010 comenzó una prueba piloto entre el Registro Oficial de la Nación, organismo dependiente de la Secretaría Legal y Técnica, y la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, que permite a los tribunales enviar edictos por medio de correo electrónico al Boletín Oficial.

Así, el nuevo método reemplaza el papel, con el consecuente ahorro de costos, y agiliza notablemente los tiempos de los procesos.

Se trata de un nuevo proyecto impulsado por la Comisión Nacional de Gestión Judicial que se puso en marcha el 30 de noviembre de 2009, cuando la Corte Suprema firmó un convenio con el Registro para tal fin.

El plan de gestión digital de causas previsionales

Los informativos nos describen una realidad insostenible que los abogados viven (y padecen) a diario cual es, el colapso del fuero de la Seguridad Social, cuyos edificios ya no son capaces de albergar el cúmulo (ni sostener el peso) de los expedientes que en él tramitan.

La Cámara Federal de la Seguridad Social estima que hay en todo el país más de 200.000 juicios activos contra el Estado, cerca de 15 mil causas acumuladas y 13 mil expedientes en trámite en las tres salas del tribunal.

La gran mayoría de las demandas reclama una actualización de haberes a partir del caso “Badaro”, donde la Corte Suprema dispuso, en 2007, que las jubilaciones debían ajustarse siguiendo la evolución de los salarios activos a partir de enero de 2002 y hasta 2006.

En el que el intercambio de demandas y notificaciones se realizará por vía electrónica, representa un nuevo avance, el proyecto que impulsa la Corte Suprema de Justicia de la Nación para agilizar los juicios de jubilados.

En sintonía con la decisión de impulsar medidas para agilizar los juicios previsionales, el Poder Judicial de la Nación desarrollará junto con la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), una nueva herramienta que facilitará los procesos de intercambio de demandas y notificaciones por medios electrónicos.⁵²

El convenio celebrado con la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), además buscará establecer un mecanismo de cálculo de actualizaciones salariales que reduzca los tiempos de los juicios.

El acuerdo se suma a una serie de medidas como la digitalización de documentos y la notificación electrónica. Rápido, oportuno y efectivo, esas son las características esenciales del proyecto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación trabaja para que los jubilados del país puedan tener un acceso ágil y dinámico a todos sus derechos.

El sistema de digitalización de causas previsionales, a través de la aplicación de tecnologías informáticas, permite disponer de información fehaciente y de rápido acceso, para cumplir con los requerimientos administrativos que surgen de los expedientes judiciales en aquel fuero.

El vicepresidente de la Cámara Federal de la Seguridad Social, Luis Herrero, remarcó las diferencias que se observan luego de la implementación del nuevo mecanismo: "El problema que se suscitaba antes era la cantidad de expedientes que se acumulaban en mesa de entradas y las demoras irrazonables que eso ocasionaba. La urgencia en los trámites de la seguridad social es un valor fundamental. Los nuevos mecanismos que se están instrumentando son imprescindibles para evitar las demoras de los pleitos".

El nuevo proyecto incorporó la digitalización de los documentos, la presentación electrónica de demandas y la notificación digital, y en este sentido, Herrero destacó: "Este es un método extraordinario para que las

⁵² En representación del Poder Judicial de la Nación suscribieron el convenio el presidente de la Corte y los titulares del Consejo de la Magistratura de la Nación, Luis María Bunge Campos, y de la Cámara Federal de la Seguridad Social, Lilia Maffei de Borghi. Por la ANSeS firmó su Director Ejecutivo, Diego Bossio.

causas no se demoren. Más de tres mil expedientes se han asignado por esta vía".⁵³

El presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti destacó la "trascendencia social" del acuerdo, que establece un sistema de inicio de demandas y notificaciones electrónicas. Señaló también que constituye "un paso más en pos del objetivo de agilizar todos los procesos judiciales que tramitan los jubilados" y una clara señal a la sociedad de que existen "instituciones y poderes que se esfuerzan por prestar mejores servicios en un contexto de políticas de Estado que se mantienen en el tiempo".

El acuerdo pone en marcha un sistema de inicio de demandas y notificaciones por medios electrónicos, que faculta a las partes y a los tribunales federales con competencia en materia de seguridad social a gestionar todo lo relativo a la demanda, su traslado y contestación, notificaciones y presentaciones en el marco de proceso judicial y la sentencia que recaiga en la causa.

La ANSeS y el Poder Judicial acordaron que "la documentación que se tramite en forma digital a través de este sistema tendrá el carácter de irrefutable". Mientras que el PJN será responsable "del desarrollo e implementación del sistema para registración de demanda y su relación con el letrado de la causa", la ANSeS se ocupará del "desarrollo e implementación del sistema de notificación y registración de cédulas y demandas provenientes del sistema de PJN y todas las devoluciones certificadas a la justicia".

Los firmantes se comprometieron a garantizar "la seguridad y fidelidad de los contenidos que se gestionen en forma electrónica" adoptando al efecto "todas las medidas técnicas y organizativas tendientes a prevenir la adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizados de los mismos".⁵⁴ Sostuvo Lorenzetti antes de la firma del convenio que "En la medida en que avancemos en la informatización de distintos pasos procesales vamos a acelerar los juicios y esto va a ser de gran beneficio para los jubilados".

⁵³ Declaraciones extraídas del sitio <http://www.cij.gov.ar>

⁵⁴ Ver Informe de prensa N°93. Buenos Aires, 5 de agosto de 2009.

El presidente de la Corte, quien inscribió el logro alcanzado en el marco del programa de informatización de todo el Poder Judicial, subrayó que “el fuero de la Seguridad Social ha mostrado una gran voluntad de transformar sus estructuras para poder brindar un mejor servicio” y puntualizó que anteriores convenios con la ANSeS, tales como la digitalización de documentos, son hoy hechos concretos.

Por su parte Bossio, Director Ejecutivo de la ANSeS, sostuvo que el acuerdo firmado constituye una manera de “crear institucionalidad” y que el organismo tiene como ejes de gestión a la “eficacia y la eficiencia” en beneficio de la sociedad.

El poder electrónico

En este marco de acciones impulsadas para agilizar las causas previsionales, se habilitó el sistema de poderes vía web, un nuevo mecanismo que facilitará la sustanciación de los procesos en el fuero de la Seguridad Social.

Se trata de otra herramienta que entró en vigencia el 31 de agosto 2009 y que se suma al ingreso de demandas por Internet.

Este módulo permite ingresar los datos del acta poder, generándose un “talón” que deberá ser entregado al poderdante, para que acredite identidad en la Oficina de Poderes de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

A los 1.100 letrados ya adheridos al Servicio de Ingreso de Demandas Vía Web, se les habilitó en forma automática esta nueva opción de generación de poderes.

Los letrados no adheridos al Sistema de Ingreso de Demandas Vía Web deberán concurrir a la Secretaría General de la Cámara para interiorizarse sobre las características, y efectuar las consultas que consideren necesarias a los efectos de suscribir el convenio de adhesión al sistema, momento en el cual se les otorgará el usuario y la contraseña respectiva.

Los poderes ingresados vía web se considerarán habilitados y validos a partir del momento en que el poderdante acredita su identidad en la Oficina de Poderes, teniendo 30 días corridos para realizar el trámite.

La sumatoria de estas medidas ofrecen a las partes una nueva modalidad de reclamo y los tribunales federales con competencia en materia de seguridad social podrán resolver en formato digital los siguientes pasos procesales:

- El escrito de la demanda y la documental asociada,
- El traslado de la demanda,
- La contestación de la demanda,
- Toda notificación que deba gestionarse y/o presentarse en la sustentación de la causa judicial,
- Toda sentencia que recaiga en la causa,

¿Cómo será el nuevo procedimiento vía digital?

El proceso comenzará cuando el letrado de la parte actora ingrese la demanda desde su estudio accediendo al sistema vía web. Cuando la minuta sea enviada a sorteo, la mesa de entradas de la Cámara Federal de la Seguridad Social procederá a la asignación del juzgado. Luego de esta instancia el letrado se encontrará facultado para ingresar la documentación y efectuar el inicio del expediente electrónico.

Esta etapa se realizará de modo electrónico. El expediente estará conformado por:

- La carátula
- El formato de inicio de demanda
- El formulario de control de existencia de datos en el ANSES
- La constancia de CUIL del actor
- El escrito de la demanda
- La documental que corresponda
- El poder al letrado representante

Así, el juzgado registrará el inicio del expediente en el sistema de la cámara y trasladará electrónicamente la demanda a la ANSES, que enviará un acuse de recibo confirmado la recepción. Dentro de los 5 días de recibida la primera notificación, ANSES designará a su letrado interviniente y lo informará a las partes mediante un nuevo acuse de recibo. El letrado del ANSES enviará el documento de la contestación electrónica de la demanda firmada digitalmente

que quedará a disposición del juzgado, quien recibirá la respuesta y generará otro acuse de recibo.

Asimismo, el sistema posibilitará al juzgado y la ANSES a intercambiar notificaciones por medios electrónicos de los actos procesales, así como también documentación asociada en el mismo marco.

Un avance hacia los pagos judiciales online

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Comisión Nacional de Gestión, presentó un nuevo avance hacia los pagos judiciales online.

Se trata del aviso electrónico de emisión de libranza, que sustituye la compulsión del expediente en sede judicial para verificar el efectivo libramiento del giro por una notificación electrónica, que impactará directamente en la cuenta judicial.

Esta modalidad libera al personal de juzgado de la atención a agentes del banco, que dejarán de concurrir a los tribunales a aquellos efectos, agilizando los trámites de pago.

Cabe recordar que ya están activos, como mecanismos previos a la implementación de los pagos judiciales online, la consulta electrónica de saldos y el pedido de libranzas por Internet.

La consulta de saldos vía web permite recibir información inmediata sobre el estado de una cuenta, sus movimientos y las medidas trabadas sobre ellas. Además, el juzgado, antes de emitir la orden de pago, puede consultar por Internet que existan los fondos necesarios en la cuenta del obligado y que no exista, por ejemplo, un embargo que impida su libramiento.

El sistema apura la confección de los giros judiciales y evita que las partes tengan que ir hasta la sucursal del banco para pedir un saldo, con la consecuente molestia de hacer largas colas y de la pérdida de tiempo.

En consecuencia, acelera la tarea de los abogados, porque disminuye su concurrencia a los juzgados, y agiliza los procesos judiciales: se estima que con el sistema de consultas online se reducen los tiempos para esos trámites de 15 días a 48 horas como máximo.

En tanto, el pedido electrónico de libranzas, ya implementado en los fueros nacionales en lo Comercial y del Trabajo, permite al juzgado solicitar por Internet los formularios provistos por el banco, eliminando el uso del papel – para el requerimiento, respuesta y conforme- y disminuye la presencia del personal del tribunal en la entidad financiera.

Este mecanismo es de uso excluyente y obligatorio en la Justicia Comercial, mientras que en el fuero del Trabajo fue implementado en abril último y se prevé su obligatoriedad para agosto próximo.

La situación en el fuero laboral.

El presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Dr. Mario Fera sostuvo que el incremento incesante de la litigiosidad en este fuero lo pone en situación de emergencia.

En diálogo con el CIJ (Centro de Informática Judicial) publicado en el sitio Oficial del Poder Judicial de la Nación, Fera remarcó que esa situación “obedece a distintos factores: por un lado, el hecho de haber asumido la competencia en materia de riesgos del trabajo, que en la década pasada no la teníamos, así como también el aumento de causas en general que se da por el crecimiento en los últimos años de los niveles de empleo y de regularización. Por otro lado, esta situación también está relacionada con que desde hace muchos años tenemos muchas vacantes sin cubrir, tanto en primera como en segunda instancia. Estamos trabajando con un tercio menos de los miembros necesarios, lo que genera un aumento automático de la litigiosidad”.

En relación con estos factores, el magistrado destacó: “Creemos que hay dos soluciones para el tema: una de ellas, que no depende ni de nuestra presidencia ni de la Cámara, se vincula con la conclusión de los procesos de designación de los jueces y camaristas que faltan en los cargos vacantes. Por otro lado, en lo que respecta al trabajo que estamos haciendo internamente, estamos poniendo énfasis en temas de gestión” (el subrayado nos pertenece).

Los proyectos para agilizar las causas

Consultado sobre los planes de gestión para la disminución de los tiempos de los procesos judiciales en el fuero Laboral, Fera afirmó que “uno de los temas sobre los que trabajamos desde hace años es el desarrollo de un instructivo, una guía de conceptos procesales básicos que apunta a unificar las pautas de trabajo en orden a una mayor eficacia y rapidez en los tiempos de los procesos. Esto es muy valioso porque los litigios que tramitan ante la Justicia Nacional del Trabajo son de carácter alimentario por los créditos que se persiguen y porque uno de los principios que hacen al Derecho Procesal del Trabajo es el principio de celeridad”.

Además, el presidente de la Cámara puntualizó que la incorporación de nuevas tecnologías en los procesos judiciales apuntan “a la despapelización del expediente y a la eliminación de lo que se conoce como los tiempos muertos en el proceso. Conjuntamente con el Consejo de la Magistratura estamos trabajando en la implementación de la notificación electrónica, que consiste en un sistema al cual deberían adherirse los letrados que tramitan expedientes en el fuero. Esto lograría hacer una notificación electrónica de las resoluciones judiciales que se van dictando. Este sistema tiene grandes ventajas, porque nos permitiría por un lado despapelizar los expedientes y por otro lado evitar demoras innecesarias que producen los sistemas de notificación por papel”.

Asimismo, dijo que “otro sistema que ya está implementado en el fuero es el de presentación de poderes por vía remota. Los abogados suscriben un convenio con nuestra Cámara para que una parte de la tramitación de poderes que suscriben los trabajadores antes de iniciar una demanda la hagan los letrados desde su propio estudio, lo que agiliza la iniciación de los pleitos”.

Y concluyó: “Creo que debemos avanzar con la mayor rapidez posible en materia de gestión e informatización siendo conscientes de que tenemos que dar una respuesta adecuada a la sociedad. Tenemos que plantearnos desafíos constantes”.

Como una de las medidas tendientes a agilizar los procesos judiciales, se anunció la renovación de todas las computadoras de los juzgados del fuero y la implementación de un nuevo software.

Los proyectos en los que se está trabajando desde la Cámara Laboral, tienen que ver con:

- 1) La implementación de notificaciones electrónicas para los letrados de las partes, que reemplazarían a las cédulas.
- 2) El inicio de demandas por vía remota
- 3) Las comunicaciones electrónicas internas en el Poder Judicial
- 4) Las nuevas computadoras con el nuevo software
- 5) Reformas en la biblioteca de la Cámara, con un nuevo sistema para consultar doctrina y jurisprudencia.

Por otro lado, integrantes de la Comisión Nacional de Gestión Judicial pusieron en conocimiento de los jueces laborales los acuerdos vigentes con distintos organismos que ya han firmado convenios con la Corte para solicitar datos vía web, sin la necesidad de librar oficios, entre los que se encuentran: Policía Federal, AGIP, AySA, Banco Ciudad, Boletín Oficial, Inspección General de Justicia, Migraciones, Ministerio de Trabajo, Registro de la propiedad automotor, Registro de la propiedad inmueble, Registro Nacional de las personas y se está trabajando para agregar al Correo Argentino, con la intención de consultar las Carta Documento digitalmente.

La transformación tecnológica del Poder Judicial

Como es fácil de suponer, todas las medidas adoptadas tendientes a la despapelización del poder judicial, y a brindar un mejor y más rápido acceso a la justicia requiere de un sistema y equipamiento informático acorde. Tendientes a su adquisición se adjudicaron las licitaciones para la construcción de un data center y para el equipamiento de electrónica en comunicaciones.

Esta es la justicia que reclaman nuestros ciudadanos; es la justicia del Siglo XXI". Con esa frase, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, presentó a fines de marzo de 2009 la convocatoria a licitación pública para la renovación informática del Poder Judicial de la Nación, que incluye la creación de un data center con tecnología de última

generación y sistemas de seguridad informática, firma digital y notificaciones digitales.

En esa línea, y mediante las resoluciones 1429 y 1430 de la Administración General del Consejo de la Magistratura, del 9 de septiembre 2009, se adjudicaron las licitaciones para la construcción del área de máxima seguridad (data center) y el equipamiento de electrónica de comunicaciones.

Se trata de un avance central en lo que es “el programa de transformación informática más importante de toda la historia del Poder Judicial”, con el que se busca lograr una justicia más rápida y más transparente en el modo en que gestiona, en beneficio de la comunidad.

Data center

Se trata de una obra de ingeniería civil para readecuar el edificio de calle Lavalle 1240 y la construcción, en el mismo inmueble, de un ambiente tecnológico de máxima seguridad, denominado “Sala Cofre”.

Esta construcción permitirá la provisión de un servicio centralizado para todos los tribunales y dependencias del Poder Judicial de la Nación, con criterios ecológicos y de mejor eficiencia en el gasto, tanto térmico como eléctrico, al tiempo que albergará la más alta tecnología de procesamiento y almacenamiento, manteniendo a resguardo los activos tecnológicos de contingencias físico ambientales (fuego, calor, agua), asegurando la disponibilidad y continuidad operacional de las actividades informáticas judiciales.

Equipamiento tecnológico

Consiste en equipamiento de fundamental importancia para el funcionamiento de las comunicaciones y sistemas en uso para la red del Poder Judicial de la Nación, tanto en las provincias como en la Capital Federal.

El equipamiento adjudicado facilitará el tráfico de información con la incorporación de nuevos y modernos servicios, como videoconferencias y grabación digital de audiencias, dando adecuada garantía de seguridad en las comunicaciones.

Los Edictos On Line⁵⁵

Dos juzgados nacionales comenzaron a utilizar la fines de 2010 un sistema que permite redactar edictos y enviarlos al Boletín Oficial vía electrónica, como medida para agilizar juicios sucesorios.

Se trata de los juzgados nacionales en lo Civil números 1 y 75, a cargo de los jueces Gustavo Caramelo y Virginia Simari.

Existen un total de diez juzgados que adhirieron a una prueba piloto impulsada por la Comisión Nacional de Gestión Judicial, que integran jueces de todo el país. Los otros juzgados son los números 11, 17, 20, 34, 46, 71, 108 y 109, y se prevé que en los primeros meses del 2011 se pueda sumar el resto de los juzgados civiles.

El trámite de publicación de edictos, que con el mecanismo tradicional podía demorar hasta diez días, con la aplicación del sistema electrónico ahora es instantáneo.

Una vez redactado el edicto y enviado vía web por el mismo juzgado al Boletín Oficial, el abogado particular deberá abonar el arancel en alguno de los cuatro puntos habilitados -todos por la zona de Tribunales- e inmediatamente quedará publicado el texto.

Esta es la segunda fase de un acuerdo que la Comisión de Gestión firmara con el Boletín Oficial. En la primera fase se permitió que los juzgados puedan requerir vía web informes a ese organismo sobre edictos, legislación y sociedades.

PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN

Poner fin a las actividades perjudiciales en un medio mundial en constante evolución como Internet mediante mecanismos judiciales vinculados a un territorio puede convertirse en una tarea cada vez más compleja. Para complementar los procedimientos ante los tribunales puede recurrirse a

⁵⁵ Información extraída de Centro de Información Judicial <http://cij.gov.ar>, consultada el 7 de diciembre 2010.

procedimientos alternativos de solución de conflictos que pueden resultar útiles en la medida en que ofrezcan a los titulares de derechos, mecanismos aptos para obtener medidas correctivas rápidas y eficaces.

La prórroga de jurisdicción consiste en la facultad reconocida a las partes de sustraer cierta cuestión de la competencia de los jueces o tribunales ordinarios para someterla a otra jurisdicción, ya sea estatal o privada.

En esta oportunidad nos dedicaremos al desarrollo de los mecanismos alternativos a la justicia estatal, de solución de conflictos desarrollados digitalmente.

Los sistemas alternativos de solución de conflictos en línea pueden clasificarse (igual que los que se desarrollan cara a cara) como métodos de autocomposición (negociación, mediación, conciliación, etc.) y de heterocomposición (arbitraje).

El *arbitraje* es un procedimiento privado y vinculante, y funciona en un marco jurídico internacional sólidamente establecido y públicamente aplicable.⁵⁶

A igual que el arbitraje tradicional, el arbitraje on line puede ofrecer una solución única a las controversias multijurisdiccionales derivadas del comercio en las redes mundiales. Al mismo tiempo, la naturaleza y la rapidez de las actividades comerciales electrónicas han presionado para que se agilice y reduzca el tiempo y los costos de los procedimientos arbitrales tradicionales.

Tanto el Convenio de La Haya como el Reglamento (CE) 44/2001 regulan, receptan el principio de autonomía de las partes ya que permiten que éstas elijan, seleccionen el tribunal o los tribunales competentes para resolver cualquier controversia que surja en relación con su relación jurídica.⁵⁷

⁵⁶ Véase el Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y el cumplimiento de las sentencias arbitrales extranjeras (1959), en <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

⁵⁷ Véase el proyecto de Convenio de La Haya, Artículo 4, y la propuesta de Reglamento, Artículo 23. En Estados Unidos, la "Uniform Computer Information Transactions Act" (UCITA), aprobada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) en julio de 1999, contiene una disposición sobre la elección del tribunal competente que establece que las partes, al celebrar un acuerdo, pueden elegir un tribunal y un derecho aplicable exclusivos, salvo que la elección sea irracional o injusta. Véase la UCITA, NCCUSL, art. 110.a) (julio de 1999), en <http://www.law.upenn.edu/blilulc/ucita/cita10st.htm>. Estos planteamientos son compatibles con las recomendaciones formuladas por un importante consorcio comercial internacional, el Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe), que invita a los

El Reglamento nº 44/2001 establece que cuando por lo menos una de las partes tenga su domicilio en el territorio comunitario y hayan acordado un convenio que estipule un acuerdo de elección del fuero en caso de litigio, serán competentes los tribunales determinados por las partes.

Establece varios trámites respecto a dicho acuerdo atributivo de jurisdicción: debe concluirse por escrito o de tal forma que se ajuste a las prácticas habituales entre las partes o de una forma conforme a los usos del comercio internacional y conocida de las partes.

En el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual, ratificado por ley nº24.669, permite a las partes prorrogar la jurisdicción en materia contractual tanto a jueces estatales como a árbitros, posibilitando la prórroga tanto a través del acuerdo (escrito y no abusivo) pre litem o post litem como la sumisión al foro.

Así establece:

Artículo 4: “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”.

Artículo 5: “El acuerdo de prórroga 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”.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, ratificado por Argentina mediante Decreto ley nº 7.771, admite la prórroga en el artículo 56, pero la limita en el tiempo ya que solo podrá celebrarse *post litem* (después del estallido de la controversia), y únicamente por sumisión al foro, como solución

gobiernos y las organizaciones internacionales a respetar la libertad de contrato. Véase "The Paris Recommendations: Conference Communiqué", GBDe (3 de septiembre de 1999).

congruente con un contexto internacional poco proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad.

Como el lector habrá advertido, la posibilidad de que las partes puedan elegir el tribunal (estatal o privado) ante el que resolverán sus diferendos, tiene una vinculación directa con el principio de la autonomía de la voluntad, anteriormente analizado, y la extensión de su reconocimiento por el orden jurídico aplicable. Es por ello que en este punto no debemos olvidar la importancia de cuestiones tales como la determinación de la internacionalidad objetiva del contrato, la validez del acuerdo, etc.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)

Como consecuencia de la gran cantidad de relaciones económicas que se entablan a través de la red de redes, nacen, en 1996, los llamados métodos para la solución de controversias en línea. 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), donde se hace necesario aplicar los conocimientos de las ciencias tradicionales, conjuntamente con las TICs.

INTERNET, entonces no solamente se ha erigido en un espacio de intercambio de información, de productos, en un área que posibilita la celebración de contratos cibernéticos internacionales, sino que además ofrece a los usuarios que por ella se comunican y navegan, diversos mecanismos de resolución de conflictos, sistemas de solución de controversias en línea, dirimiéndose las disputas dentro de su ámbito, con sus propias herramientas.

Así se considera que la red digital es un campo adecuado para desarrollar cualquier método alternativo de solución de controversias, sean de autocomposición (negociación, mediación, conciliación, facilitación) como de heterocomposición: el arbitraje.

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).

A nivel internacional las primeras experiencias de solución de conflictos en línea se refieren a asuntos relativos a la propiedad intelectual derivados de los nombres de dominio. Dentro de dichas iniciativas cabe resaltar la de “eResolution”, fundada en 1999 y acreditada por la Corporación Internet para Nombres y Números Asignados (ICANN) para administrar la solución de conflictos relativos a nombres de dominio, de conformidad con su política. Gracias a la tecnología establecida por eResolution las partes, los encargados de la adopción de decisiones y los administradores de los expedientes pueden cumplir todo el trámite en línea.

Sabemos que 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 un foro neutral que interprete sus derechos, en lo posible sin la interferencia de los tribunales estatales.

Los mecanismos alternativos electrónicos de solución de controversias pueden mejorar el acceso a los mecanismos de solución, al tiempo que aumentan la velocidad y la eficacia con la que se realizan esos procedimientos y se reducen los correspondientes costos. Estos sistemas, entre los que ubicamos al arbitraje en línea, se caracterizan por la utilización de redes de computadores 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.

Constituye una realidad innegable la utilización masiva de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TICs) en la vida cotidiana, para situaciones de la vida diaria resultado cada vez más sencillo y económico.

Hemos ya aclarado que el e-commerce involucra, comprende las relaciones B2B, B2C, A2B, y A2C, es por ello que muchas veces las partes involucradas en controversias derivadas del comercio en la red quizá no estén suficientemente familiarizadas con los procedimientos jurídicos requeridos.

En 1999 la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE) aprobó las Directrices para la protección del consumidor en 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.

Estamos convencidos de que el permitir entablar una acción judicial o defenderse contra una denuncia accediendo a un sitio web y cumplimentando los formularios electrónicos, guiados en las diversas fases del proceso, reduciría, sin duda, las barreras de acceso a cualquier procedimiento existente. Además, la posibilidad de presentar documentos mediante Internet permite que las partes remitan de manera inmediata un gran número de documentos a cualquier distancia, y sin costo alguno. Los documentos pueden procesarse, almacenarse y archivarlos mediante sistemas automatizados de gestión, y las partes autorizadas pueden examinarlos desde cualquier lugar, las veinticuatro

horas del día, mediante una interfaz de Internet. Con el desarrollo de sistemas multimedia, las partes también podrán llevar a cabo reuniones en línea, reduciendo en gran medida los gastos de viaje y los costos de organización.

Estos sistemas, entre los que ubicamos al arbitraje en línea, se caracterizan por la utilización de redes de computadores 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.

En el caso de las TICs aplicadas a la resolución de conflictos, las profesiones tradicionales se suman y complementan a efectos de facilitar la tramitación de los procesos, reducir los costos, acortar las distancias geográficas, procurar una mejor utilización del tiempo y promover la ética y la confiabilidad.

Entre las ventajas que ofrecen estos mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea respecto de los realizados con la presencia física de las partes involucradas, o mecanismos cara a cara, suelen destacarse:

- La facilidad de acceso
- Amigable procedimiento
- Rapidez en la resolución
- Facilidad en el almacenaje de la información intercambiada
- Bajo costo

Debemos tomar en consideración que existen un sinnúmero de situaciones a través de las cuales necesitamos evolucionar como sociedad, para poder utilizar las TICs, como herramienta que nos ayude a resolver conflictos sociales, personales, comerciales y organizacionales.

Junto con la creación de un sistema técnico que permita que los procesos se realicen en línea, es preciso establecer el marco jurídico necesario. Las reglas de arbitraje vigentes pueden proporcionar una base para cualquier adaptación al entorno en línea que se requiera. Entre las cuestiones que deben abordarse cabe destacar los derechos de acceso de las partes a los documentos, los procedimientos aplicables en caso de problemas de autenticidad, los datos de

contacto a efectos de notificación, el cálculo de los períodos (habida cuenta de las posibles diferencias de huso horario entre los lugares desde los que las partes realizan las operaciones), y los requisitos para la escritura y firma de las cláusulas de controversias, las notificaciones a las partes y las sentencias. Además, los plazos para cumplimentar los diversos trámites en el marco del procedimiento pueden acortarse, lo que se traducirá en un desarrollo más rápido y económico de los procedimientos.

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.

La OMPI ha creado un sistema en línea para la gestión de controversias del comercio electrónico relativas a la propiedad intelectual. Sistema de Política Uniforme en materia de nombres de dominio.

En la actualidad existen en el mundo más de una centena de sitios web que ofrecen sus servicios de resolución de conflictos en línea, para distintas necesidades y requerimientos del mercado comercial o individual. El 50% tuvieron su origen en los Estados Unidos, un 30% en Europa y casi un 20% en Asia-Pacífico. La actividad de Latinoamérica y África es casi inexistente. Además de los sitios web comerciales, existen páginas web de los gobiernos y municipios, que permiten a los contribuyentes presentar reclamos y resolver los conflictos con el Estado vía Internet.

Los servicios ofrecidos son de un amplio espectro comprendiendo:

Mediación

Arbitraje

Manejo de Conflictos

Negociación Automática

Negociación asistida

Mediación asistida

Intercambio de información

Los distintos métodos pueden ser desarrollados on line es decir sincrónicamente, en tiempo real y todos conectados al mismo tiempo; u off line, vale decir asincrónicamente, fuera de línea, en donde los participantes no están simultáneamente en el proceso.

Los servicios de negociación online admiten además dos versiones: la negociación automatizada y la negociación asistida.

La negociación automatizada se trata de un procedimiento de oferta “a ciegas” en la que cada parte hace una oferta sin conocer a la parte contraria, si las ofertas se sitúan dentro de ciertos rangos o zonas predeterminadas, el sistema calcula la medida de las ofertas y el litigio se soluciona mediante una transacción por la suma resultante, mientras en el monitor aparece u mensaje que dice: “Felicitaciones, su caso se ha resuelto por medio de un arreglo” (Congratulations your case settled).

A su turno, la negociación asistida es un método más complejo consistente en una negociación entre partes, sin intervención de terceros en el que el sitio ODR pone a disposición de las partes una plataforma de comunicación web en donde se indican los pasos a seguir, se otorga asesoría y las fórmulas tipos para las transacciones. Un ejemplo lo constituye el portal de ventas E-Bay que ofrece a sus miembros resolver las diferencias que surgen con motivo de las transacciones realizadas en el sitio, y utilizando la empresa de Resolución de Conflictos en línea llamada Square Trade.

Este servicio permite mantener la confiabilidad en el portal de ventas electrónico ya que el cumplimiento de las obligaciones evita la calificación negativa del vendedor, y le permite a ambas partes salir satisfechas al resolver su disputa en un ámbito ágil, sencillo de utilizar, confidencial y confiable.

Pueden encontrarse aproximadamente 25 proveedores de servicio de arbitraje on line, tanto en su modalidad vinculante como no vinculante. En el arbitraje online en materia de contratación electrónica, existe casi un 80% de casos que corresponden a conflictos entre empresas o business to business, mientras que

solo un 20% se refieren a conflictos entre empresas y consumidores o business to consumers. En su gran mayoría se desarrollan en idioma inglés (90%) y el resto optan por idioma francés o alemán.

El arbitraje que ha resultado tener mayor éxito ha sido el “non-binding arbitration” o arbitraje no vinculante en el cual el árbitro formula una recomendación que las partes pueden rechazar o aceptar, si la aceptan celebran entonces una transacción, mientras que si la rechazan, son libres de llevar su controversia a los tribunales.

Sin pretender agotar aquí este tema, me parece importante detenernos un momento en la consideración de un aspecto tan importante como la naturaleza del arbitraje frente a un interrogante que me parece oportuno efectuarnos ¿podemos decir que un laudo no vinculante es producto de un arbitraje?

Anteriormente hemos distinguido los mecanismos de solución de conflictos como de heterocomposición (en los que el conflicto es resuelto en forma definitiva por un tercero ajeno a las partes, y así el laudo es susceptible de ejecución forzosa en caso de incumplimiento) y de autocomposición entre los que ubicamos a la conciliación, negociación, mediación, en los que las partes deber arribar a solución del conflicto y en el supuesto de que intervenga un tercero (mediación o conciliación) éste tiene como función acercar a las partes, guiarlas, para que ellas por sí mismas resuelvan sus diferendos pero no deciden la cuestión. Es por ello que nos resulta un tanto extraño el referir el arbitraje como no vinculante, no obligatorio.

La intervención de un tercero en un procedimiento de solución de conflictos, sin facultad decisorias (iudicium) y al solo efecto de emitir un dictamen no vinculante puede perfectamente encasillarse en el concepto de mediación o conciliación, sin necesidad de recurrir a un concepto híbrido como el del “non-binding arbitration”, que no parece adecuarse a nuestra tradición jurídica. No obstante, dado el uso habitual de este concepto por parte de la doctrina, lo mantendremos por el momento pero prometemos retomar el análisis de este tópico en otra oportunidad.

Existen además algunas variantes de arbitraje no vinculante o “arbitraje unilateralmente vinculante” en los que el proveedor se compromete a someterse a arbitraje en el caso que su cliente decida recurrir a este procedimiento, obligándose además, a cumplir con el laudo si el cliente lo invoca; sin embargo, el cliente no está obligado a recurrir a arbitraje y puede optar por la justicia estatal.

Otra variante del arbitraje no vinculante se observa en las reclamaciones vinculadas al uso de nombre de dominio a cargo de la ICANN'S en los cuales la cláusula arbitral es unilateralmente vinculante y obliga al demandado, sin embargo la resolución o laudo arbitral es facultativa para ambas partes, ya que siempre tendrán la libertad de recurrir a los tribunales ordinarios competentes.

LOS PRO Y CONTRA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LÍNEA. UNA EVALUACIÓN DE LOS SITIOS WEB:

La mediación en línea

Las empresas de mediación han establecido sitios web Internet neutral como SquareTrade⁵⁸, y WebMediate ⁵⁹ para facilitar la resolución de las controversias.

Estos sitios web se basan principalmente en las tecnologías en línea, tales como el correo electrónico, listas de correo, salas de chat y mensajería instantánea, que también incorporan métodos de comunicación más tradicionales en el proceso de negociación. Normalmente, una parte del servicio llena un formulario en línea donde identifica el problema y las posibles soluciones. Un mediador, pasa revista a la forma y toma contacto con la otra parte para ver si va a participar en la mediación. Si la otra parte está de

⁵⁸ Véase SquareTrade, *A Simple, 4 Paso a resolver las disputas*, en http://www.squaretrade.com/cnt/jsp/odr/learn_odr.jsp.

⁵⁹ Véase WebMediate, *Bienvenido a la Revolución Resolución de Controversias*, en <http://www.webmediate.com/intro.html>, véase también Ryan Baker, WebMediate, Inc. presentación al Departamento de Comercio y Comisión Federal de Comercio Mixto Taller sobre Resolución Alternativa de Conflictos para transacciones en línea del Consumidor, disponible en <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/comments/>

acuerdo en participar, puede llenar su propia forma o responder a las iniciales través del correo electrónico. Este primer intercambio de puntos de vista puede ayudar a las partes para entender mejor el conflicto y, posiblemente, llegar a un acuerdo. Si el conflicto sigue sin resolverse, el mediador trabajará con las partes para ayudar a determinar las cuestiones, articular los intereses, y evaluar las posibles soluciones.

Durante la mediación, el software permite a las partes a comunicarse a través de dos canales: un canal para un diálogo privado entre una de las partes y el mediador, mientras que el otro canal es un diálogo abierto con todos los participantes, incluido el mediador.

Los costos, sin embargo, varían según la tecnología utilizada en línea y la duración de las sesiones de mediación.

Las disputas con hechos simples que se basan enteramente en el correo electrónico se cobra por el tiempo que el mediador dedica a la preparación, el envío y la revisión de correos electrónicos. El costo varía de tecnologías utilizadas, por ejemplo, el correo electrónico, mensajería instantánea, las salas de chat, conferencia o videoconferencia.

SquareTrade no cobra honorarios a las partes en la etapa inicial de su proceso de solución de controversias. Durante esta etapa inicial, las partes intentarán llegar a un acuerdo por la comunicación directa entre sí a través de negociación directa de SquareTrade, que es por completo automatizado. Si las partes no pueden resolver el caso mediante la negociación directa, entonces tienen la opción de solicitar la ayuda de un mediador. SquareTrade se esforzó en explicar que el mediador no es un juez o árbitro, sino que simplemente busca "facilitar la solución orientada a la discusión positiva entre las partes ... El mediador sólo se recomienda una resolución si las partes lo soliciten." Aun así, la recomendación del mediador no es vinculante para las partes.

WebMediate ofrece una amplia gama de servicios de cyber-mediación junto con otros sistemas de solución de controversias, incluido el arbitraje. Afirma ser la "única compañía para proporcionar una gama totalmente integrada de los procesos de ADR en línea, con carácter subsidiario, a la vez, o

secuencialmente." WebMediate ofrece a las partes la oportunidad de comenzar con mecanismos de solución de controversias de menor alcance y, si ellas no llegan a un acuerdo, se puede pasar a más mecanismos de solución de controversias de gran alcance.⁶⁰

Casi todos los casos WebMediate entran en su sistema a través de un proceso de mediación totalmente ciber-automatizado, WebSettlement, que es similar a la automatización de los procesos. Si la disputa no se resuelve a través de WebSettlement, a continuación, "las partes pueden optar por involucrar una experiencia WebMediator en línea, para facilitar la discusión de sus diferencias y ayudar a identificar y evaluar las opciones para su resolución." Después de agotar la WebSettlement y opciones WebMediator, las partes pueden elegir WebArbitration y "someter su controversia para su resolución por un tercero sentado en el papel de un juez privado." El proceso de ciber-arbitraje termina con una una decisión vinculante del árbitro. Es un proceso algo más formal que WebMediation, donde a las partes se les anima a someter su caso en un foro de solución de seguro a un WebArbitrator seleccionados de la red WebMediate de la nómina de experimentados árbitros en línea. Cada parte se da amplia oportunidad de presentar argumentos y de refutar las posiciones adoptadas por el otro lado. Al final de estas presentaciones, los WebArbitrator dan una decisión a las partes en forma escrita.

Cyber-Negociación Completamente automatizado

Sitios web como Cybersettle, (<http://www.cybersettle.com>), Settlement Online (<http://www.settlementonline.com>), y clickNsettle (<http://www.clicknsettle.com>) ofrecen servicios que son totalmente en línea y se centran principalmente en la negociación de acuerdos monetarios. Estos sitios sirven como un espacio neutral para el intercambio de ofertas de liquidación. Normalmente, una persona agraviada (o, en la mayoría de los casos, su compañía de seguros), inicia una demanda en el sitio seguro del servicio y establecerá un plazo para

⁶⁰ Véase WebMediate, Bienvenido a la Revolución Resolución de Controversias, en <http://www.webmediate.com/intro.html> (consultado el 27 de noviembre 2002).

su resolución, que es típicamente 30 a 60 días. El servicio de mensajes de correo electrónico a continuación permite que la otra parte sepa que una oferta de arreglo se ha propuesto y también les da acceso al sitio web. La parte puede aceptar o negarse a participar. Si decide participar, inicia una sesión en la página web y presenta una oferta. Los programas informáticos comparan automáticamente la demanda con la oferta de liquidación y envía correos electrónicos a ambas partes para que sepan si están dentro del "rango" de la solución o si ha habido algún movimiento hacia la solución.

Cybersettle y SettlementOnline permiten tres rondas de licitación. Las aplicaciones informáticas, mediante mensajes de correo electrónico informan que una oferta de acuerdo se ha hecho y pide a la otra parte de exponer contraofertas para la segunda, y tercera ronda. Los programas de ordenador a continuación, comparan las ofertas y contraofertas para cada ronda para determinar si las partes han llegado a un acuerdo. Si el software determina que los acuerdos no se ha alcanzado, a continuación, sus ofertas siguen siendo futuras posiciones de negociación.

En Cybersettle, se llega a una solución si hay menos de 20% entre las ofertas en cualquiera de las rondas, y luego el reclamo se conformará con el promedio de las dos cantidades. SettlementOnline, por el contrario, permite a las partes para establecer su rango de solución propia para cada caso individual.

ClickNsettle, por el contrario, permite muchas rondas de ofertas y contraofertas en un plazo determinado, para asegurarse de que las negociaciones tienen lugar en la buena fe. Si un acuerdo no se alcanza en tiempo especificado, las ofertas expiran y la ciber-negociación falla. Las partes son, por supuesto, libres de volver a presentar su reclamación o seguir adelante con otro mecanismo de solución de controversias, como el arbitraje.

OneAccord utiliza un proceso de negociación innovador y un programa informático potente software que permite a varias partes participar en la negociación basada en intereses comunes. El proceso tiene varias fases y utiliza la optimización para transformar los objetivos dentro del conflicto dentro y dar eficientes soluciones justas. En un principio, un tercero facilitador trabaja

con las partes ya sea en persona o a través de Internet para ayudarles a expresar sus intereses e identificar los problemas. El facilitador es un abogado que ha completado un curso de capacitación en línea. Ayuda a las partes a completar un "formulario de negociación individual", que describe el acuerdo de base y deja espacios en blanco para las cuestiones no resueltas. El facilitador trabaja con cada parte por separado para obtener sus propias preferencias confidenciales en cada uno de los temas y los posibles resultados.

Una vez que los datos de las partes ha entrado en la página web, el software OneAccord desarrolla paquetes de liquidación de las partes a considerar. El facilitador continúa trabajando con las partes para evaluar los paquetes de liquidación y para perfeccionar las preferencias. Si las partes optan por el paquete de liquidación o "solución" el mismo programa trata de generar mejoras con el fin de maximizar los beneficios para ambas partes. Una vez que una de las partes desea poner fin a la negociación, un acuerdo por escrito final es elaborado con la solución actual y firmada por todas las partes.

Ventajas de la Cyber-Mediación

Al igual que con la mediación tradicional, la mediación en línea permite que el mediador pueda adaptar el proceso para hacer frente a las necesidades particulares de los litigantes.

Además de mejorar algunos de los beneficios de la mediación tradicional, también hay ventajas para resolver conflictos a través de Internet, el proceso va a permitir una mayor flexibilidad, más soluciones creativas y decisiones más rápidas. En particular, los beneficios de la cyber-mediación que se analizan a continuación incluyen el ahorro de costes, la comodidad y, en opinión de algunos autores, el tema de poder evitar el planteo y resolución de los complicados asuntos jurisdiccionales⁶¹.

Ahorro de costos y conveniencia

⁶¹ El proponer la web como un sitio ajurisdiccional implica la adopción de una clara postura a favor de la deslocalización del arbitraje electrónico, tema que si bien será analizado más adelante, corresponde que adelantemos al lector que no compartimos dicha corriente doctrinaria.

Como ya destacáramos, un beneficio que se le reconoce a la mediación a través de Internet es que puede proporcionar un ahorro sustancial en comparación con los procesos judiciales tradicionales, que puede ser extremadamente costoso. De hecho, la cyber-mediación puede ser la única opción viable para las personas que no pueden darse el lujo de viajar largas distancias, o para aquellos que participan en el e-comercio y en la disputa se han involucrado bajas cantidades de dinero.⁶²

Con los honorarios del abogado que tal vez representan el mayor gasto en los procesos judiciales tradicionales, e incluso a veces la mediación tradicional, las partes pueden ser capaces de ahorrar mucho dinero en la cyber-mediación, siempre que la contratación de un abogado es a menudo innecesario. Por ejemplo, si las partes han determinado la responsabilidad y la controversia es exclusivamente sobre la cantidad de un acuerdo monetario, entonces la cyber-mediación totalmente automatizada ya mencionada anteriormente, resulta ser suficiente para resolver su controversia. Además, un ahorro de costes sustancial también pueden deberse a que en la mediación en línea no se exige a las partes pagar por llamadas telefónicas a distancia-tiempo o teleconferencia.

En la cyber-mediación no hay necesidad de alquilar un centro neutral para llevar a cabo el procedimiento.

Comodidad

Tal vez el más reconocido beneficio de la mediación en línea es que los litigantes no tienen que viajar distancias largas para negociar. Dado que las diferencias en línea pueden surgir entre los individuos de grandes distancias, e incluso países diferentes, por lo menos una de las partes tendría que ir muy lejos si deciden recurrir a algún procedimiento de resolución de conflictos tradicional.

Los documentos pertinentes de la mediación y los materiales son fácilmente disponibles y no tienen que ser transportados a grandes distancias.

⁶² FRIEDMAN, George H. "Resolución Alternativa de Conflictos y Tecnologías Emergentes en línea: Desafíos y Oportunidades". LJ 695, 712 (1997).

También hay varias ventajas que se derivan de la naturaleza asíncrona de las comunicaciones por e-mail. Los mensajes no se transmiten en vivo, pero puede ser por escrito y enviarlo más tarde.

Desventajas de la Cyber-Mediación

A pesar de las ventajas que se destacaron anteriormente, la cyber-mediación también se suelen remarcar varias desventajas en comparación con la mediación tradicional. Como señala Joel Eisen, la práctica de la mediación no puede ser reproducida fácilmente en el entorno en línea, porque el ciberespacio no es una imagen espejo del mundo físico. La comunicación electrónica no puede sustituir a la capacidad de fomentar en el proceso las conversaciones cara-a-cara, que es uno de los valores más importantes de la mediación.⁶³

Hay un acuerdo casi universal de que la mediación es más eficaz si las partes en la controversia están físicamente presentes ante el mediador.⁶⁴

Como afirma Joel Eisen, "la gran paradoja de la mediación en línea es que se impone una distancia electrónica a las partes, mientras que la mediación es generalmente una forma oral de solución de controversias diseñado para involucrar a los participantes en el contacto interpersonal directa. La mediación se basa normalmente en una discusión informal cara a cara de los problemas entre los participantes. La creación de una atmósfera en la que las partes confiar en el mediador para ayudar a alcanzar una resolución de su disputa se considera vital, si no indispensable, por la mayoría de los mediadores", por ejemplo, ayudar a las partes para escuchar y comprender las preocupaciones, empatizar con los demás, expresar sentimientos y emociones frente se considera una parte importante de la mediación.

La negociación es sin duda más eficaz cuando las partes son capaces de comunicarse entre sí libremente.

Se estima que para muchos participantes, la mediación es sobre la "purga" de los sentimientos y emociones que no podría expresar en un ambiente más

⁶³EISEN, Joel B. ¿estamos listos para la Mediación en el ciberespacio? 1998 *BYU L. Rev.* 1305, 1308, 1310 (1998).

⁶⁴ D'ZURILLA, William, *Resolución Alternativa de Conflictos*, 45 *Luisiana B.J.* 352 (1997).

formal como una sala de audiencias. La oportunidad de contar la propia versión del caso directamente a la parte contraria y expresar las emociones que acompañan puede ser catártico para los participantes en la mediación."

En la defensa de los procedimientos de cyber-mediación frente a los ataques de ser "impersonal," Hang argumenta que "el problema con el contacto cara a cara es que no tiene en cuenta el hecho de que el anonimato es muy valorado en Internet. Si tiene que haber contacto cara a cara para cada solución de controversias, el ODR tiene más probabilidades de fracasar porque el anonimato es parte de la cultura de Internet. La ventaja del ODR es que se puede preservar el anonimato y resolver la controversia, al mismo tiempo."⁶⁵

A su turno, algunas de las desventajas resaltadas son específicas para un método de cyber-mediación determinado, y en consecuencia dependerá del mecanismo elegido. Por ejemplo, el procedimiento totalmente automatizado de mediación sólo se puede utilizar para resolver determinados tipos de controversias y, aún así, sólo puede manejar las disputas cuando el importe de la liquidación es el único problema sin resolver. De hecho, para que un cyber-procedimiento totalmente automatizado de mediación funcione correctamente, las partes tendrían que haber llevado a cabo las conversaciones iniciales, de acuerdo con la información básica en torno al conflicto y haber determinado que una de las partes es responsable de daños y perjuicios. Entonces, las partes se han puesto de acuerdo para limitar las discusiones a la cuestión concreta de una cantidad adecuada de compensación monetaria. El procedimiento se limita a la etapa final de negociaciones para determinar una cifra de indemnización.

Las expresiones orales de sentimientos en una confrontación cara a cara tienen un contexto más rico y más significativo que las expresiones escritas de sentimientos en un intercambio de correo electrónico. De este modo, resulta más difícil evaluar la flexibilidad de una parte determinada, o la confianza, o la fuerza de los sentimientos de una parte en cuestiones particulares.

⁶⁵ Véase P. Lan Hang, *en línea los sistemas de solución de controversias: el futuro del ciberespacio*, la Ley 41 de Santa Clara L.. Rev *El* 837, 855 (2001).

Algunos autores han argumentado que la falta de presencia personal en la ciber-mediación puede hacer más difícil para el mediador mantener un control efectivo sobre las partes negociadoras. El soporte en línea, por lo menos el entorno de correo electrónico, le hace difícil al mediador administrar o moderar el tono de las interacciones. El mediador, por lo menos al principio, es una voz desencarnada y no puede utilizar su propia personalidad física para poner las partes a gusto y crear un entorno para la solución del problema. Del mismo modo, ausente la presencia física de las partes enfrentadas, el mediador tiene dificultades para utilizar las señales intuitivas de lenguaje corporal, la expresión facial y la tonalidad verbal que forman parte de procesos de mediación cara a cara.⁶⁶

Parte de la doctrina plantea entre los inconvenientes o desventajas de operar en la web, las cuestiones relativas a su acceso, y falta de conocimiento suficiente por parte de los actores. El acceso continuo a Internet durante todo el tiempo que se tarda en resolver el conflicto (que puede variar de horas, días, semanas) también puede plantear un problema para aquellos con acceso limitado y puede también perjudicar a quienes están menos familiarizados con los equipos y su uso o aquellos que son incapaces de realizar comunicaciones detalladas por escrito.

Sin embargo, parecería que no es un problema importante la falta de acceso, en particular los de los conflictos generados por la propia actividad de Internet. Cada vez son más los sitios que ofrecen acceso a la red desde centros especializados, institutos o colegios profesionales, mesas de entradas de edificios públicos, etc., hasta bares con servicio "wi fi", por lo que podemos decir que hoy se accede a internet desde cualquier lugar muchas veces en forma gratuita.

Debemos reconocer que la mayoría de las personas que participan en actividades en línea ya sea desde su propia computadora o por tener un buen acceso a una computadora en línea poseen conocimientos suficientes para

⁶⁶ Ethan Katsh, Janet Rifkin y Gaitenby Alan, *E-Commerce, E-Conflictos y Resolución de Disputas-E: A la sombra de la "Ley de eBay,"* 15 Ohio St. J. en Disp. Resol. 705, 714 (2000).

operar en la web, especialmente aquellos que si han tenido conocimientos lo suficientemente sofisticados como para ejercer el comercio en línea poseen también conocimientos lo suficientemente sofisticados para comunicarse con eficacia en línea, especialmente desde que hizo una compra en línea por lo general requiere una cuenta de correo electrónico y algunas habilidades en el manejo de Internet.

Así como se ha destacado la reducción de los costos del trámite electrónico de solución de conflictos como una importante ventaja del proceso, también se la considerado esta misma cuestión como un inconveniente, puesto que las controversias en línea por lo general refieren a pequeñas sumas de dinero, el costo de ciber-mediación es una consideración importante. A pesar de que la ciber-mediación puede ser una de las alternativas menos costosas para resolver los conflictos, las tasas relativamente modestas que requieren pueden quedar fuera del alcance de muchos individuos involucrados en disputas de e-commerce.

SettlementOnline, por ejemplo, exige el pago de 300 dólares para cada arreglo alcanzado (tasa de 150 dólares por cada reclamación resuelta, con una adicional \$150).⁶⁷

CyberSettle oferta planes de honorarios base que varían basan en la cantidad de la solución con un pago de 100 dólares, siendo necesarios para cualquier arreglo bajo \$5000.⁶⁸

Las tarifas de los servicios de CyberSettle generalmente se toman de la cantidad de la solución, a pesar de que las empresas de seguros están obligadas a pagar un adicional de 150 dólares en la presentación y las tasas de participación.

De la breve recorrida efectuada y sobre la base de su éxito comercial hasta el momento, parece que la mediación con mecanismos cibernéticos totalmente

⁶⁷ SettlementOnline, Solución Propuesta del Programa Piloto de Línea, en <http://settlementonline.com/Proposal.html>

⁶⁸ Véase Cybersettle, *precios Fiscal*, en http://www.cybersettle.com/products/atty_pricing.asp (consultado el 27 de noviembre 2002).

automatizado están demostrando ser un foro conveniente para un número importante de litigantes. De hecho, Cybersettle afirma haber atendido más de 60.000 operaciones desde que entró en línea en 1998, lo que facilita los asentamientos de más de \$ 350 millones.⁶⁹

La Cyber-mediación utilizando software sofisticado con mediación tradicional y las tecnologías en línea, por el contrario, parece haber tenido un éxito más limitado hasta el momento. Ponte, por ejemplo, señala que el software OneAccord es relativamente nuevo y que los expertos en mediación cibernética sienten que una mayor experimentación e investigación debe llevarse a cabo con el fin de mejorarlo.⁷⁰

Bruce Leonard Beal identifica varias razones por las que la mediación del sistema Punto Neutro de Internet no está siendo utilizada, entre ellas:

- 1) La falta de consentimiento de al menos una de las partes o la mediación o el uso de una tecnología en particular (por ejemplo, correo electrónico, mensajería instantánea, etc). Beal explica que, "aun cuando todas las partes aceptan la mediación en línea en general, es raro que, las partes estén de común acuerdo para implementar una tecnología específica de Internet, ya sea por e-mail, chat, mensajería instantánea o la videoconferencia. El correo electrónico nunca ha sido aceptado.
- 2) El monto en controversia no es suficiente para justificar los costos de la mediación.
- 3) Por lo menos una de las partes "interpreta erróneamente la naturaleza de la mediación y los deseos de arbitraje o litigio en lugar aún."

ARBITRAJE ON LINE O ELECTRÓNICO

⁶⁹ Cybersettle, *Cybersettle la hoja*, en <http://www.cybersettle.com/about/factsheet.asp>

⁷⁰ PONTE, Lucille M. *Aumentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico: Recomendaciones para el establecimiento justa y eficaz solución de controversias en los programas de B2C transacciones en línea*, 12 Alb. LJ Ciencia. Y Tecnología. 441, 442-44 (2002)

No existe una terminología única para referirse a este tipo de procesos arbitrales desarrollados a través de medios informáticos. Así se los llama arbitraje multimedia, arbitraje virtual, arbitraje electrónico o arbitraje telemático, teniendo en cuenta que la telemática es el fruto de la unión de telecomunicaciones e informática.

Corresponde recordar que el primer centro de arbitraje virtual fue creado por la Universidad de Massachussets en 1996 y actualmente el arbitraje *on line* se evidencia como la estrella de la denominada tecnología ODR (*on line dispute resolution*) especialmente que pone fin a cualquier limitación geográfica que pueda existir entre dos o más partes permitiendo que todo el proceso arbitral se desarrolle en “salas virtuales”.

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, pero también puede resultar sumamente adecuada en las relaciones B2B.

Algunos autores sostienen, destacan que puede ser de suma utilidad incluso para el arbitraje de consumo, ya que posibilitaría el fácil acceso a un procedimiento seguro de solución de conflictos para quienes quizá, no podrían –o no optarían- por reclamar sus derechos ante los tribunales estatales en virtud a que 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.⁷¹

⁷¹ CCI, “La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique”, junio de 2001. Documento ECP/AH1-100.

Ahora bien, con relación al arbitraje electrónico, se plantean numerosos interrogantes respecto a cuestiones tales como la posibilidad de ejercicio y la extensión de la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro, las condiciones de validez que deberán revestir las cláusulas sobre elección de jurisdicción concertadas *on line*, la validez y eficacia que corresponde atribuirle al convenio arbitral electrónicamente celebrado, los mecanismos que deben implementarse para la protección de la parte más débil del contrato, y en general la forma en que se garantizará el debido proceso legal.

Cabrá analizar, si las doctrinas tradicionales pueden contribuir a darle respuesta adecuada a las cuestiones que se planteen ante este nuevo fenómeno o tal como sostienen los autonomistas, su naturaleza casi anárquica requiere de nuevas soluciones, nuevas teorías especialmente diseñadas para éste ámbito.

Principios del pacto arbitral electrónico:

* La buena fe y las cláusulas abusivas: La prórroga de jurisdicción presupone el libre consentimiento de ambas partes, como resultado del equilibrio en el poder de negociación. Debemos recordar 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”.⁷²

Provocarí­a su nulidad el convenio arbitral que vulnere el dogma contractual de la buena fe o que coloque a una de las partes en cualquier situación de abuso o privilegio, por ejemplo, con respecto a la designación de los árbitros. Así por ejemplo, entre otros documentos está expresamente reconocido en la

⁷² 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.

exigencia impuesta en el artículo 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial, al imponer al acuerdo de prórroga su pacto en forma “no abusiva”.

También el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional en el MERCOSUR⁷³ dispone en su artículo 4:

“1, La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.

2. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado”.

Idéntica redacción le fue dada al artículo 4 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, y cuyo instrumento de ratificación fue depositado por la Argentina con fecha 31 de marzo de 2000.

* La igualdad entre las partes: El convenio arbitral celebrado vía digital no puede implicar desequilibrios para alguna de las partes. El principio de igualdad responde a la exigencia del derecho fundamental de amparo constitucional.

Sin embargo es posible que el pacto de arbitraje digital no se corresponda con una relación bilateral y es probable su incorporación en las cláusulas generales de contratación. En este caso, cuando el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa el pacto de arbitraje digital o cuando no haya sido firmado (o no conste) o cuando resulte ambiguo, oscuro e incomprensible se entenderá como no incorporado al contrato principal.

* Protección de la parte jurídicamente más débil: Podrá considerarse nula la cláusula arbitral digital cuando tratándose de una relación en la que aparezca, participe, un consumidor, trabajador o asegurado, se exija la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. Ello por considerarse que el consumidor se encontrará mejor

⁷³ Aprobado por la República Argentina mediante ley 25.223, depositando el instrumento de ratificación el 30 de marzo de 2000. Entró en vigor el 9 de octubre de 2002.

protegido en un foro específicamente creado para la solución de sus conflictos y bajo el amparo de su ley propia.

Pensamos que la posibilidad de alegar la nulidad de la cláusula deberá reservarse a la parte cuya protección se pretende, quien podrá decidir, al momento del estallido de la controversia, si el arbitraje electrónico acordado le otorga la protección y seguridades suficientes o prefiere, opta, por recurrir a su foro personal: Pero si ha optado por recurrir al arbitraje, si ha aceptado la jurisdicción arbitral on line, su resolución, el laudo debe ser acatado ya que le es obligatorio.

* La "perpetuatio arbitralis" o de "conservación del pacto arbitral": En cuya virtud se establece una vigencia y efectos del arbitraje que hace inmune a la rebeldía o contumacia unilateral de alguna de las partes a no cumplir con el deber de colaboración en la designación del árbitro o árbitros, en la adopción del laudo y su eficacia nacional y transnacional, de conformidad a los efectos de cosa juzgada del laudo y su eficacia forzosa. Una dimensión específica del principio de conservación del pacto de arbitraje telemático lo constituye la confirmación tácita de este último cuando, si el convenio arbitral se encuentra afectado por algún vicio y las partes o la parte que pueda invocarlo accede a que se dicte el laudo sin oponer la nulidad, se entenderá que ha confirmado el pacto de arbitraje electrónico.

* Autonomía del acuerdo arbitral telemático: En el contexto del principio "pro-arbitraje", tampoco resulta difícil extender al pacto de arbitraje telemático la doctrina y la jurisprudencia que defiende la autonomía del convenio arbitral accesorio ante una eventual nulidad del contrato principal en donde se halle inserto aquél. Tanto las legislaciones nacionales en materia de arbitraje, como las normas de fuente convencional,⁷⁴ han acabado reconociendo la

⁷⁴ Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial. "Artículo 5: 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 convenio. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo", (el resaltado nos pertenece). Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. Ratificado por ley 24.669.

separabilidad del convenio arbitral del negocio principal, mediante la incomunicabilidad de los vicios que afectan al contrato inválido al pacto de arbitraje. El fundamento se encuentra en la distinta causa o función que cumple ese último con respecto al negocio sustantivo. Ello puede tener especial transcendencia para el pacto de arbitraje telemático al poderse "aislar" del negocio o cláusula general donde se incorpora, sirviendo de conexión a otras normas diferentes a las aplicables a esas últimas, y ello en la medida en que el pacto arbitral puede determinar el derecho aplicable e incluso el procedimiento a seguir por los árbitros, siendo ello más importante por el carácter universal y sin fronteras del medio donde tiene lugar el negocio *on line*.

* *kompetenz-kompetenz*: Es la facultad reconocida a los árbitros para pronunciarse respecto de su propia competencia. Este reconocimiento excluye la concepción contractualista respecto a la naturaleza del arbitraje, ya que no podría dar razón el contrato de esa capacidad exclusiva del árbitro frente a la parte.⁷⁵

Factores determinantes del éxito del arbitraje on line

Cabe resaltar, entre otras particularidades, 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, y se lo notifica 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 tribunal arbitral, reconociendo el derecho en caso de incumplimiento, de solicitar la ejecución judicial del laudo.

Cabría suponer entonces, que existen diversas situaciones con características propias de cada relación, autónomas, y cuestiones heterónomas, que dependen de factores externos que influyen en el análisis sobre la conveniencia de adoptar o no, procedimientos electrónicos, cibernéticos de resolución de conflictos.

⁷⁵ Para un análisis detallado respecto sobre la naturaleza jurídica del arbitraje consultar "El Arbitraje" de Sara L. Feldstein de Cárdenas. Ed. Abeledo- Perrot. 1998.

El éxito del arbitraje internacional en línea, dependerá de una multiplicidad de factores de índole:

Tecnológica: el desarrollo de nuevas tecnologías, que brinden a los usuarios las seguridades suficientes para su desenvolvimiento, y su adecuación a sus necesidades. La elaboración de programas específicos, diversos aplicativos, que permitan a los usuarios desplazarse en el medio electrónico con total comodidad, facilidad, seguridad.

Económica: como la demanda del mercado, la cuantía de las disputas, los costos para los usuarios. En el ámbito electrónico, 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 convertirse en una de las ventajas adicionales de este tipo de resolución de conflictos.

Social: la consolidación del comercio electrónico (en sentido amplio del término), su utilización y aceptación por parte de los usuarios que depositen confianza en el sistema, desenvolviéndose habitualmente y cómodamente con el empleo de las nuevas tecnologías.

Jurídica: la posibilidad que los laudos emitidos por los centros dedicados a arbitrajes electrónicos, sean protegidos por los tratados internacionales y reconocidos por las legislaciones nacionales. Así, es indispensable que quienes recurran a estos ODR, tengan también la seguridad jurídica que el laudo, de ser necesario, será reconocido y ejecutado.

Para ello, el sistema de solución electrónica de conflicto deberá contemplar, resguardar aquellas garantías consideradas esenciales, y deberá tenerse presente las particularidades del arbitraje electrónico para dotarlo de validez.

En este último aspecto, se advierten algunos obstáculos jurídicos que el arbitraje *on line* deberá superar para constituirse en un instrumento eficaz de resolución de disputas.

Al respecto, se sostiene que existen por los menos dos grupos:

- límites materiales: que se relacionan con cuestiones que no son arbitrables. Es decir que debe existir uniformidad en la determinación de

las cuestiones que no pueden ser sometidas a arbitraje, en aquellos aspectos que, por estar limitada la autonomía de las partes, no puede prorrogarse la jurisdicción; y

- límites formales: vinculados con la validez extrínseca del acto, con la exigencia de forma escrita de algunos actos, tales como el convenio arbitral, la demanda, la contestación, la reconvencción.

Parte de la doctrina⁷⁶ opina que algunas cuestiones o problemas fundamentales están 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.

Otros autores⁷⁷, en cambio consideran que se deberá centrar atención en superar las barreras que pudieran presentarse para:

- a) Entender correctamente practicados los actos de notificación a las partes asegurando su autenticidad,
- b) La práctica de la prueba y, por último
- c) Los conflictos que pudiera generar su deslocalización, todo ello con absoluto celo a los principios de audiencia, contradicción e inmediatez imperantes en todo proceso arbitral.

VALIDEZ DEL ACUERDO ELECTRÓNICO

Los ordenamientos jurídicos nacionales, como así también los textos de fuente convencional, suelen establecer diversos requisitos en torno a la validez del acuerdo de prórroga de jurisdicción, relativos:

- Al momento de la celebración.
- A la formalidades extrínsecas del acuerdo.

⁷⁶ En este sentido ver la extensa bibliografía de la Dra. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, "Arbitraje electrónico: una solución para y por Internet", "Insolvencia transfronteriza, reciprocidad y medios electrónicos: Análisis de un fallo ejemplar", "La lex informática: La insoportable levedad del no ser", "El conflicto de civilizaciones; Una nueva mirada a Internet" entre otros.

⁷⁷ RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio: "Marco jurídico español del comercio electrónico". Bilbao. 22 de septiembre. 2005.

Las legislaciones nacionales, las convenciones internacionales y los reglamentos de las distintas instituciones de arbitraje, no suelen proveer normas fácilmente adaptables a los procedimientos en línea, puesto que exigen que las piezas fundamentales (convención arbitral, demanda, contestación, reconvencción, laudo) consten por escrito y deben estar firmadas por las partes o los árbitros, además prevén instancias en las que las partes y sus representantes tienen contacto físico, presencial con el tribunal arbitral.

Se advierte así que estas exigencias (documento escrito, firmado y presencia física de las partes durante el proceso) se presentan como un importante obstáculo a la aceptación y reconocimiento de la validez de un procedimiento desarrollado por el sistema de solución de conflictos en línea.

Cláusulas de elección de foro en el derecho argentino

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.

FUENTE CONVENCIONAL

En el ámbito convencional, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940⁷⁸, si bien admiten la prórroga la limita 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

⁷⁸ Ratificado por la Argentina por decreto ley 7771/56 vinculándonos con Uruguay y Paraguay.

proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad. Así el artículo 56, en lo pertinente dispone:

“...Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admita voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta”.

En el ámbito del MERCOSUR el Protocolo de Buenos Aires⁷⁹ que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial establece, en relación al acuerdo de elección, que se puede pactar la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales imponiendo como únicos requisitos del acuerdo válido en forma escrita y no abusivo.

En cuanto al momento en que podrá efectuarse el acuerdo arbitral, faculta a las partes a celebrarlo antes, durante o después del estallido de la controversia.

Artículo 5:

“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...”.

A su turno 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, una vez dictado el laudo, obliga a los tribunales estatales a reconocerlos y a ordenar su cumplimiento forzoso.

En la Unión Europea, 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 dispone:

“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

⁷⁹ Ratificado por la Argentina por ley 24.669.

surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes”.

Se advierte a los fines de establecer el ámbito de aplicación espacial, la norma requiere la existencia de un domicilio en un Estado miembro, lo cual como ya vimos, resulta de difícil determinación cuando las partes se desenvuelven en la NET.

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 tuvieran 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, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

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).

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 faximil. 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.

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 “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.

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 clickeo 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.

Requisito de la forma escrita en el acuerdo de arbitraje

La incorporación del arbitraje como solución de conflictos en las transacciones *on line* hace variar la forma en que puede plasmarse entre las partes el convenio.

Se entiende por convenio arbitral celebrado por vía electrónica aquél en el que se hace constar la voluntad inequívoca por las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tienen lugar en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión.

En relación con la validez formal del acuerdo de arbitraje, como vimos, la forma escrita es comúnmente exigida por la gran mayoría de las legislaciones.

Por ejemplo el ya referido Protocolo de Buenos Aires exige la forma escrita del acuerdo arbitral. Así el artículo 4 expresa:

“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”.

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, en razón a la dificultad que presenta la prueba de los acuerdos verbales.

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 en materia de acuerdos electrónicos 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. El convenio arbitral celebrado por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia.

Cabe tener aquí presente las nuevas corrientes de interpretación basadas en la aplicación del criterio de “equivalencia funcional” por medio del cual se confiere al documento digital firmado los mismos efectos que se le imputan al documento escrito en medio físico. A su respecto, en esta oportunidad solo adelantaremos que está basado en el análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito en soporte papel con miras a determinar si el documento electrónico satisface dichos objetivos y funciones. A los fines de no distraer al lector del desarrollo del punto en análisis, prometemos retomar la cuestión de la equivalencia funcional en el apartado reservado a la prueba del procedimiento *on line*, en la segunda parte de este trabajo.

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.

La prueba de la existencia y de la aceptación del convenio arbitral resulta decisiva para poderlo hacer exigible o para pedir su formalización judicial en caso de que alguna de las partes no quiera designar árbitro o no se pusieran de acuerdo en su nombramiento. La prueba se regirá por las reglas generales

del derecho y por lo dispuesto sobre el valor de los documentos electrónicos en las normas procesales y en la legislación sobre firma electrónica.

La Convención de Nueva York, ratificada por nuestro país, dispone: Artículo 2.1. “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, firmado 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”.

No cabe dudas, conforme esta redacción 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.

La doctrina establece aquí dos líneas interpretativas:

Una, la interpretación amplia, sostiene que la Convención de Nueva York 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.

Se afirma que las diferencias entre la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de Arbitraje 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).

Atento ello, 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). Entre los temas tratados especialmente figuraba la consideración del Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.

La tendencia contemporánea de interpretación amplia de la Convención, entiende 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*.

A su turno la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional adoptó una recomendación el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones, por la cual “Recomienda que el párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ...se aplique reconociendo que las circunstancias que se describe no son exhaustivas”.

Resulta entonces un importante adelanto en el tema que nos ocupa la modificación del 7 de julio de 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL introducida en el artículo 7.4 (opción I):

“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”.

Asimismo, debemos tener presente que la CNUDMI, en la misma sesión, 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.

Observamos entonces, en los documentos internacionales una tendencia a la amplitud del concepto del requisito de escritura en el acuerdo arbitral a fin de facilitar, posibilitar su realización por medios electrónicos o informáticos.

En dicha oportunidad la CNUDMI expresó: “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”.

No obstante los importantes esfuerzos realizados por la UNCITRAL hacia la armonización legislativa en la materia, debemos una vez más recordar que el mecanismo de las leyes modelo implica brindar a los Estados un modelo de legislación interna que ellos podrán adoptar sin más, o efectuar cuantas modificaciones consideren oportunas para adecuarla a los principios, circunstancias, características del derecho local. Así, mientras más modificaciones efectúen los Estados al momento de su adopción, más nos alejamos del ansiado objetivo armonizador. Como un ejemplo de lo expuesto, nos permitimos citar el siguiente caso.

Una empresa coreana (vendedora) y una empresa filipina (compradora) celebraron un contrato para la adquisición de acero inoxidable laminado en caliente por medio de facturas pro forma enviadas por fax.⁸⁰

Según dichas facturas, el pago se efectuaría mediante una carta de crédito irrevocable y los bienes se entregarían después de la apertura de la carta de crédito. A pesar de las reiteradas peticiones en ese sentido, la compradora no abrió la carta de crédito, razón por la cual la vendedora interpuso ante el Tribunal Regional de Primera Instancia una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Al término de las alegaciones expuestas por la vendedora, la compradora formuló una excepción por pruebas defectuosas basándose en que la vendedora no había presentado las copias originales de las facturas pro forma.

El Tribunal Regional de Primera Instancia consideró que las facturas pro forma eran admisibles. El Tribunal de Apelación confirmó la decisión del Tribunal de Primera Instancia y declaró que las fotocopias de las facturas enviadas por fax eran admisibles y debían considerarse documentos originales con arreglo a la Ley No. 8792 (Ley de comercio electrónico, de 2000).

La Corte Suprema revocó la decisión del Tribunal de Apelación. Se basó en la Ley de comercio electrónico (2000), según la cual un “mensaje electrónico de datos” o un “documento electrónico” podía considerarse, a efectos probatorios, el equivalente funcional de un documento escrito. En primer lugar, la Corte observó que la expresión “origen internacional” prevista en el artículo 37 de la Ley No. 8792 hacía referencia a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (LMCE) y a la definición de “mensaje de datos” prevista en esa Ley Modelo. La Corte observó, a continuación, que el Congreso de Filipinas había sustituido el concepto de “mensaje de datos” (previsto en la LMCE) por el de “mensaje electrónico de datos” y había suprimido de la definición la frase “entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el

⁸⁰ Casos relativos a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (LMCE). Caso 818: LMCE 4 Filipinas: Supreme Court, Special Third Division. MCC Industrial sales Corp. v Ssangyong Corporation. 17 de octubre de 2007. Publicado en inglés, G.R. No. 170633. <http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2007>.

telegrama, el télex o el telefax”. Habida cuenta de estos debates en el Congreso, la Corte estimó que para el legislador nacional el concepto de “mensaje electrónico de datos” no comprendía los “télex o faxes, salvo los faxes generados por computadora, a diferencia” de lo previsto en la LMCE.

En consecuencia, la Corte llegó a la conclusión de que los conceptos de “mensaje electrónico de datos” y “documento electrónico” definidos en la Ley de comercio electrónico de 2000 no podían aplicarse a los documentos transmitidos por fax, que no podían considerarse pruebas electrónicas. Obviamente, este razonamiento era aplicable, con mayor razón, a las fotocopias de un documento transmitido por fax. No obstante, a pesar de que las facturas pro forma no podían considerarse pruebas electrónicas, la Corte estimó que la vendedora había demostrado de manera suficiente que existía un contrato de compraventa y condenó a la compradora a pagar una indemnización por daños menores.

Vemos entonces que si bien la ley interna aplicable había tenido como base para su redacción a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, las modificaciones introducidas condujeron en el caso a una aplicación más restrictiva, apartándose así del objetivo de llegar a una aplicación e interpretación más uniforme de las normas reguladoras de esta materia.

En el ámbito regional americano, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR⁸¹ dispone:

Artículo 6: “1. La convención arbitral deberá constar por escrito.

2. La validez formal de la convención arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración.

3. La convención arbitral realizada entre ausentes podrá instrumentarse por el intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada. 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...”. A su turno en el numeral 5 se dispone: “Si no se

⁸¹ Entró en vigor el 9/10/2002. La República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 30/3/2000.

hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tienen contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 literal b)".

Como es lógico, idéntica redacción posee el artículo 6 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

Resulta claro en estas disposiciones la intención del legislador, a favor de la validez del acuerdo, otorgando además, mayor flexibilidad a las formas del pacto.

El requisito de firma del acuerdo arbitral

Hemos referido anteriormente que otro requisito habitualmente exigido para la validez del acuerdo es la firma de las partes.

El creciente empleo de técnicas de autenticación electrónica en sustitución de las firmas manuscritas y de otros procedimientos tradicionales de autenticación ha planteado la necesidad de crear un marco jurídico específico para reducir la incertidumbre con respecto a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del empleo de dichas técnicas modernas a las que puede denominarse en general "firmas electrónicas".

La firma digital es una secuencia algorítmica de datos asociados a un mensaje informático que garantiza la integridad del documento electrónico al tiempo que da certeza de que el firmante es quien dice ser. Tiene la propiedad de dar mayor seguridad que los documentos firmados en papel, disminuye costos y tiempos de transacción.

Se trata del uso de secuencias algorítmicas con criptografía asimétrica que cruza una clave pública con otra privada en una secuencia segura.

La doctrina suele atribuirle 4 atributos esenciales:

- 1) autenticidad
- 2) integridad
- 3) no repudio

4) confidencialidad

Respecto a esta última característica corresponde aclarar que el hecho que un documento se encuentre firmado digitalmente no garantiza la confidencialidad de la información que contiene, en virtud a que, de ser interceptado, su contenido puede leído por cualquier persona que tenga acceso a la clave pública. Para garantizar la confidencialidad del mensaje o documento no basta entonces con que se encuentre firmado, sino que debe estar, además, encriptado.

Las empresas multinacionales utilizan la firma digital en sus comunicaciones entre sedes ubicadas en diversos países.

En Latinoamérica, por ejemplo, Brasil, Chile y México tienen en funcionamiento su legislación e infraestructura de firma digital y otorgan licencias que circulan con validez legal.⁸² En Argentina, la Bolsa de Cereales de Rosario fue la primera en incorporarla para sus transacciones reduciendo el plazo utilizado para sus operaciones de 20 a 2 días.

La legislación argentina emplea el término "Firma Digital" en equivalencia al término "Firma Electrónica Avanzada" o "Firma Electrónica Reconocida" utilizado por la Comunidad Europea o "Firma Electrónica" utilizado en otros países como Brasil o Chile.

En la Argentina, el artículo 2 de la ley 25.506 sobre firma digital, determina que es la aplicación a un documento digital de un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento...bajo absoluto control del firmante, aunque debe ser susceptible de verificación por terceros en forma tal que permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.⁸³

La Ley Modelo sobre firma digital

⁸² En este tema ver el desarrollo efectuado en el apartado sobre Ámbito interno comparado, efectuado en el presente trabajo.

⁸³ Similares características y requisitos se prevén en el Decreto 388/2003, reglamentario de la ley de firma digital uruguaya, como así también en el art. 2 de la ley 19.799 de Chile, entre otras.

Pretendía establecer un trato igual en el derecho para los contratos en línea y fuera de línea (es decir, un "entorno independiente del formato de los contratos"<http://ecommerce.wipo.int/primer/section2-es.html> - [37#37](#)), proporcionando normas y reglas para dar validez a contratos concertados por medios electrónicos, definir las características de un escrito y una firma electrónicos válidos, y prestar asesoramiento sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos (por ejemplo, la admisibilidad y la fuerza probatoria que debe darse a los mensajes de datos).

Le Ley Modelo sobre Comercio electrónico

En igual sentido la Ley de CNUDMI sobre comercio electrónico reconoce que entre sus objetivos figuran "...el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional...".

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 un 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.

Es este, posiblemente, uno de los aspectos centrales, capitales, en lo que hace a la aceptación de un procedimiento alternativo *on line*, tanto por los Estados, como por las partes que decidan utilizarlo para dar fin a sus diferendos.

El usuario al momento de elegir el mecanismo ODR apropiado, debe ser anoticiado acabadamente de las consecuencias jurídicas de tal decisión. La adopción o aceptación de una cláusula de prórroga virtual no debe ser automática, pasar inadvertida; es por eso que la existencia de una cláusula de prórroga a favor de un cibertribunal o tribunal arbitral electrónico, debe destacarse en el contrato y resultar a las claras las consecuencias de su adopción.

Las partes deben tener, asimismo, 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 (característica propia del arbitraje institucionalizado), 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.

Cada una de las partes enfrentadas en el litigio, deben tener la oportunidad de ser oídas, 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.

Vemos que el Dr. Ribón Seisdedos, en lo atinente a las garantías del debido proceso, pone énfasis en la notificación electrónica. Considera que existen precedentes que admiten las comunicaciones electrónicas en los procesos arbitrales, como ser el Convenio Europeo sobre Comercio Internacional hecho en Ginebra el 21/4/1961 que preveía en el artículo 1-2º el “intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor”. Así también el Reglamento de Arbitraje de la CCI que establece en el artículo 3 que “las notificaciones o las comunicaciones puedan efectuarse, por carta, correo o por

cualquier otro medio de telecomunicación”, precepto que transcribe el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (ordinal cuarto).

Aceptada la posibilidad de emplear comunicaciones electrónicas en el proceso arbitral, es necesario asegurar:

- a) la autenticidad de la comunicación,
- b) la integridad del mensaje y
- c) su confidencialidad.

Para garantizarlas, existen varias posibilidades desde las más tradicionales como la utilización de un *password* o PIN (que resultan ser más elementales y ofrecen poca seguridad), a las más sofisticadas como la firma con pluma digital sobre una pizarra digitalizada o las derivadas de la biometría digitalizada (identificación mediante huellas dactilares, pupila o voz), que, si bien ofrecen, garantizan un elevado grado de seguridad, no se hallarían, en principio, disponibles al público en general y la posibilidad de su uso puede requerir un hardware o software avanzados, específicos, lo que reduce la conveniencia de su utilización en forma masiva.

Entre estos extremos se considera aconsejable que se imponga el uso de la firma electrónica, que ya hemos brevemente analizado, por su alto grado de confiabilidad, seguridad y su relativamente fácil adopción e implementación.

Una cuestión importante relativa al proceso electrónico, está dada en los supuestos de rechazo de alguna de las partes a las comunicaciones electrónicas formuladas por el propio tribunal, cuando una de las partes de manera contumaz desatienda las notificaciones y exista convenio arbitral, debería estarse a la inserción en boletines electrónicos o la publicación edictal electrónica de tales comunicaciones, a cuyo efecto deberían prever los programas de arbitraje telemático un apartado o ventana de comunicaciones públicas, redundando ello en la rapidez y economía del sistema; pudiendo ser de práctica inmediata y a un costo insignificante.

Otra cuestión fundamental constituye el cumplimiento de los plazos procesales en el ciberarbitraje, por ello se emplean los sistemas de sellamiento de tiempo (*time stamping*). Los certificados digitales de sellamiento de tiempo (*digital*

time-stamp certificates), registran la fecha y hora exacta de la transacción integrándola en el documento que será firmado por el remitente. Así, el propio documento (demanda, prueba, etc.) contendrá a como de “cargos” la fecha y hora de su presentación electrónica ya que se incorpora automáticamente al momento de la firma para la remisión del documento.

PRÁCTICA DE LA PRUEBA.

Hemos ya destacado que la totalidad del proceso se desarrolla en el contexto virtual por cuanto la presentación de la prueba tendrá también esta característica.

Documentos: El avance de la tecnología ha revolucionado los sistemas probatorios. La aplicación de las nuevas tecnologías como medios de prueba ha sido reconocida por la jurisprudencia estatal admitiendo la validez de los documentos electrónicos que terminan siendo equiparados legislativamente a los documentos en papel. Así también ha otorgado valor probatorio del acuerdo de partes, al correo electrónico.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

En el artículo 9 relativo a la admisibilidad y fuerza probatoria del mensaje de datos establece que en todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos por la sola razón de ser tal, o de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

Asimismo en el inciso 2 de dicho artículo establece que “toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

La Ley Modelo se base en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de los modernos medios de comunicación.

En la preparación de la Ley Modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como “escrito”, “firma” y “original” con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.⁸⁴

Se consideró oportuna que la Ley Modelo debía permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito.

Por ello, sigue el “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con las técnicas del comercio electrónico.

La adopción de este criterio pretende no dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico, que las aplicables a la documentación consignada sobre papel, obstaculizando su utilización y originando mayores costos.

Así, por ejemplo, el documento de papel cumple las siguientes funciones:

- Proporcionar un documento legible para todos,
- Asegurar la inalterabilidad del documento en el tiempo,
- Permitir la reproducción,

⁸⁴ De la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

- Permitir la autenticación de datos firmándolos
- Permitir la presentación de una forma aceptable ante autoridades públicas o tribunales.

La documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos.

Artículo 6 - Escrito: “1) 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.

2) El párrafo 1) será aplicable 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. ...”

Artículo 7 – Firma: “ 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, este requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

- a) Si se utiliza un método para identificar a la persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
- b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado a los fines para lo que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) ...”

Artículo 8 – Original: 1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

- a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;
- b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

2)...”

Algunas resoluciones judiciales al respecto

En este sentido, la jurisprudencia argentina ha aptado criterios diversos de interpretación de la información o comunicación electrónicamente efectuada.

Así, se sostuvo que “La provisión de un e-mail que habría sido remitido por un tercero ajeno a las partes, amén de la ausencia de signos o elementos que demuestren su autenticidad, constituye una pieza inconsistente a los fines pretendidos”. “No cabe, como regla, asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre "firma digital" (Conf. CNCom, Sala A, 27/6/06, "Coop. de Viv. Cred. y Cons. Fiduciaria Ltda. c/ Becerra Leguizamón, H.” ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico (Conf. esta Sala D, causa 7611/03 "Henry Hirschen y Cia. S.A c/ Easy Argentina SRL s/ ordinario", sentencia del 16/2/2007; Nieto Melgarejo, P., Derecho del Comercio Electrónico, Lima, 2005, ps. 126/127)” .

En este sentido, podemos reseñar que en 2007 se produjeron varias resoluciones cuestionando, o desconociéndole valor probatorio.

Baires Inter Trade SA C/ Otro Mundo Brewing Company SA S/ Medida Precautoria 41664/2007 CNCOM SALA D – 04/10/2007.

La actora dijo haber concertado un "acuerdo de importación y distribución" de la cerveza "Otro Mundo" para el mercado de los Estados Unidos de Norteamérica con St. Killian Importing Co. Inc. Adujo que firmado este acuerdo, el 19.5.07 se procedió a firmar un "contrato de desarrollo de negocios" con la empresa "Otro Mundo Brewing Company S.A.", donde las partes convinieron realizar negocios de exportación e introducción de la marca de cerveza "Otro mundo" en el territorio del continente americano, con la excepción de la República Argentina y que su parte tendría la exclusividad absoluta para trabajar y desarrollar todos los mercados del Territorio por el plazo de 2 (dos) años.

Denunció que este último convenio había sido desatendido por la contraria en tanto acordó directamente con la compradora extranjera (St. Killian Importing Co. Inc.) cierta exportación ignorando a la pretensora.

La sentencia de primera instancia rechazó la cautelar solicitada por la actora (antes de deducir la anunciada demanda por daños y perjuicios), tendiente a que prohíba a la contraria realizar embarque de cerveza alguno con destino a los Estados Unidos de Norteamérica, ya que la demandada estaba en los últimos aprestos para concretar el envío en favor de la empresa St. Killian Importing Co. Inc., con sede en aquella nación.

Subsidiariamente solicitó sea ordenado el embargo sobre la cuenta número 191-174-010045/4 del Banco Credicoop, de la que resultaría ser titular la demandada, por la suma de U\$S 7.232, 70, toda vez que dicha cantidad constituiría el 20% de la comisión pactada en un contrato suscripto entre las partes, y que se dice incumplido por Otro Mundo Brewing Company S.A.

El magistrado entendió “no probado en forma consistente, este último negocio, lo cual restaba verosimilitud al derecho invocado por Baires Inter Trade S.A.”

La quejosa presentó como prueba un e-mail atribuido a un tercero cuya autenticidad no ha sido constatada, y admitió que sólo cuenta con tal elemento probatorio para abonar sus dichos, por haber sido "puenteado" por las partes.

La Cámara sostuvo que: “... más allá de la referida situación fáctica, la actora no aportó argumento alguno que permita superar la insuficiencia probatoria que indicó la señora Juez a quo.

La provisión de un e-mail que habría sido remitido por un tercero ajeno a las partes (presunto operador logístico de "Air Sea Broker S.A."), amén de la ausencia de signos o elementos que demuestren su autenticidad, constituye una pieza inconsistente a los fines pretendidos.

La realización de un embarque, en el que pueden intervenir tanto sujetos de derecho privado cuanto públicos, no puede considerarse probado con una misiva de correo electrónico, cuando el pretensor cuenta con vías de mayor idoneidad para su prueba. Ello es así, además, porque no cabe, como regla asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los

requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre "firma digital" (Conf. CNCom, Sala A, 27/6/06, "Coop. de Viv. Cred. y Cons. Fiduciaria Ltda. c/ Becerra Leguizamón, H." LL 24/10/06, fallo nº 110.898) ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico (conf. esta Sala D, causa 7611/03 "Henry Hirschen y Cia. S.A c/ Easy Argentina SRL s/ ordinario", sentencia del 16/2/2007; Nieto Melgarejo, P., Derecho del Comercio Electrónico, Lima, 2005, ps. 126/127)".⁸⁵

Unión del Sur Calzados S.A. c/ Salvarregui, Nicolás J. Roberto y Otro s/ Ordinario.

La Cámara Comercial en los autos entendió que "el mensaje electrónico al cual se refiere el demandado, refleja que cotizó el transporte de la mercadería indicando que la empresa que cumpliría el mismo sería 'Di Canalli'.- La índole de la actuación de Salvarregui quedó reflejada con el contenido de la referida comunicación, pues allí expresó 'solo quedo a la espera de los datos para

⁸⁵ Además de las consideraciones apuntadas, entre los fundamentos para el rechazo de la medida también se sostuvo: "No superan esta orfandad probatoria los instrumentos que se agregaron en esta instancia.

En principio, por tratarse de un recurso concedido en relación, es impertinente su agregación en esta alzada.

A su vez, su consideración podría eventualmente ser base para un replanteo de la cautelar, pero no para sustentar el recurso, pues aquellos no fueron propuestos a la jueza de grado (Cpr. 277).

A todo evento, y aún dentro de la provisionalidad de toda cautelar, no se ha alegado y menos demostrado el peligro en la demora, recaudo necesario para el progreso de esta pretensión.

Al anunciarse una acción de daños y perjuicios, era menester demostrar que la denegatoria de la cautelar tornaría incumplible a la eventual sentencia condenatoria.

Descartada la prohibición de concretar el embarque, hecho que no parecería guardar estrecha congruencia con la condena que se perseguirá la cautelar debería traducirse en un embargo.

Pero, para que este sea procedente, debió demostrarse en punto al peligro en la demora, que la omisión de incautar esos fondos impediría hacer efectiva la eventual condena. Para ello era menester alegar que la demandada carece de bienes o fondos sobre los cuales cumplir, en su tiempo, medidas, de coerción.

Desde esta perspectiva, la argumentación dirigida a sostener que la duración del proceso podría tornar ilusorios los derechos reclamados resulta, por sí sola, claramente insuficiente.

En razón de tales consideraciones, y teniendo en cuenta el estrecho marco de conocimiento que permite toda cautelar, habrá de confirmarse el rechazo de la medida.

5. Por ello, esta Sala RESUELVE:

Confirmar el pronunciamiento apelado. Devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (Cpr. 36:1) y las notificaciones pertinentes. Gerardo G. Vassallo - Juan José Dieuzeide - Pablo D. Heredia. Héctor L. Romero, Prosecretario Letrado

hacer contacto con los exportadores y comenzar esta nueva etapa de trabajo contigo...”.

Más adelante se agrega: “Al mentado correo electrónico cabe conocerle plena eficacia probatoria entre la actora y el codemandado Salvarregui, ya que éste, si bien en su escrito de contestación de demanda negó su autenticidad, luego se sirvió de él para excepcionar su legitimación para ser demandado. Es que corresponde asignarle a los mensajes electrónicos la misma eficacia probatoria que de conformidad con el CCiv., 1190:2, se le asigna al fax, como principio de prueba por escrito (CNCom., sala C, in re ‘Zachara, Ivone E. y otro c/Banco Itaú Buen Ayre S. A.’ del 09-02-07); ello lo confirma el hecho de que la doctrina los analiza conjuntamente...”.

También que “...En el caso, los términos de la contratación deben extraerse del contenido del intercambio de correos electrónicos entre la actora y el codemandado Salvarregui, y de la carta de porte emitida por la codemandada ‘Di Canalli’. Del correo electrónico del 08-03-04 (fs. 648) emerge que la actora solicitó ‘...cotización del flete San Pablo-Buenos Aires con seguro incluido... Dicho correo electrónico fue contestado por Salvarregui el mismo día en los siguientes términos...” (del voto del Dr. Bargalló).

De los párrafos transcritos de la sentencia observamos que el tribunal se basó en el intercambio de correos electrónicos entre las partes, para tener probada la existencia del acuerdo, como así también la naturaleza de las obligaciones asumidas, a pesar del intento de la demandada de negarle valor probatorio a dichos mensajes de texto.

Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A. fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D

La señora Juez de grado del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 1, Secretaría N° 1, condenó a la demandada al pago de una indemnización por daño moral y material ocasionado por la intempestiva interrupción de las negociaciones preparatorias a la concreción definitiva del contrato, consideró que si bien no existió incumplimiento contractual por parte de la demandada, sí

se trató de responsabilidad precontractual por haber existido una confirmación previa que justificó el inicio en la fabricación de los gabinetes por la actora.

Para ello otorgó a los correos electrónicos enviados entre las partes, suficiente aptitud probatoria de la existencia de las tratativas alegadas por la actora; además tuvo por probado que era un medio por el cual las partes comúnmente acordaban la realización de trabajos, lo que constituía una costumbre entre ellas.

La sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, confirmó el decisorio al considerar que el correo electrónico presentado como prueba no constituía un documento electrónico –ni un documento privado- por carecer de firma digital, y que por no poseer el requisito de autenticidad, no se le podía otorgar un valor probatorio preeminente. Sin embargo, ello no resultó obstáculo para que lo admita como principio de prueba por escrito, de conformidad con lo normado por los artículos 1190, 1191 y 1192 del Código Civil; el correo provenía del adversario y junto con el resto del material probatorio hizo verosímil el hecho litigioso. Resultó determinante para tal decisión la forma en la que se identificó al iniciador del correo electrónico y el contexto en que el mensaje se originó.

Audiencias: Dentro de las nuevas aplicaciones tecnológicas a la fase probatoria del proceso arbitral, se destaca por su inmediatez y fiel respeto al principio de contradicción el uso de la videoconferencia, resultando el interrogatorio de las partes por los árbitros, una fase esencial del arbitraje. La videoconferencia posibilita la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, creando una “reunión virtual” entre personas participantes donde la distancia física deja de ser un impedimento. El uso de la videoconferencia, es posible tanto en la fase de audiencia con las partes, como para interrogar a testigos o ratificar el informe de peritos.

El beneficio de su uso para el sector empresarial es evidente al evitar sus desplazamientos y el de los profesionales, quienes pueden atender desde su empresa o estudio jurídico la resolución del conflicto teniendo a su alcance todo lo necesario para cubrir cualquier contingencia.

Ribón Seisdedos sostiene que la videoconferencia puede tener un gran valor en el arbitraje telemático de consumo, extendiendo el arbitraje de consumo para no limitarlo al territorio de ubicación física de las 73 Juntas arbitrales existentes en España⁸⁶.

La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia- Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos.⁸⁷

Con la venia del lector, me permito en este punto efectuar una relación, traer a consideración las *Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal – a- Tribunal en Casos Transfronterizos de insolvencia*, texto que tiene por finalidad principal, establecer principios de cooperación entre los países del Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México, no obstante, han sido traducidas y diseminadas mundialmente, citadas y aplicadas por tribunales, e independientemente aprobadas tanto por el Insolvency Institute of Canada y el Internacional Insolvency Institute que incluyen miembros de más de 40 países, extendiendo considerablemente su campo de aplicación.⁸⁸

⁸⁶ RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio: “Marco jurídico español del comercio electrónico”. Bilbao. 22 de septiembre. 2005.

⁸⁷ Un adelanto nuestro de este tema puede verse en “La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia” Ed. Albremática – www.elDial.com – Suplemento de Derecho Internacional Privado noviembre 2.005.

⁸⁸ Las *Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal – a- Tribunal en Casos Transfronterizos*, en lo sucesivo “las Pautas”⁸⁸, 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.

El American Law Institute dio su aprobación final al trabajo del Proyecto de Insolvencia Transnacional del ALI en mayo de 2.000. El mismo consistió de cuatro (4) volúmenes publicados, después de un retraso requerido por la necesidad de incorporar un nuevo Código de Quiebras Mexicano, en el 2.003 bajo el título de *Insolvencia Transnacional: Cooperación entre los Países del TLC*.

El Internacional Insolvency Institute ha organizado y supervisado la traducción de las Pautas al francés, alemán, italiano, coreano, 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” (Ver Prólogo LIEBMAN, Lance - Director del American Law Institute. Enero de 2.004).-

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.

Sin entrar en el estudio profundo de las mismas por exceder la propuesta aquí efectuada en lo referente al tema ahora en análisis, transcribiremos aquellas disposiciones que establecen que las comunicaciones entre un tribunal a otro podrán efectuarse por medios informáticos o electrónicos, entre otras formas “participando en comunicaciones bilaterales entre tribunales en forma de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos”. En estos casos, los abogados 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.⁸⁹

Garantías de transparencia

No obstante la búsqueda de la cooperación entre tribunales, las comunicaciones directas entre jueces, o entre jueces y administradores en un

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 involucrada, 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 insolvencia 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.

⁸⁹ 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

país extranjero pueden suscitar cuestiones de credibilidad y de procesos inadecuados, es por ello que las Pautas tienen como fin permitir la cooperación rápida 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, transcripciones 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 documentos 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 abogados 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 y 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 los parámetros 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 en 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.

Corresponde destacar que, como es de suponer, las Pautas establecen que cualquier disposición podrá ser suplementada, modificada y replanteada, de tiempo en tiempo y dichos suplementos, 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*.**

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 empresarial, 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.

Nos pareció oportuno introducir esta referencia en virtud de haberse adoptado el sistema de comunicación electrónica y la teleconferencia en una cuestión, una materia tan delicada para las jurisdicciones estatales como lo es la insolvencia transfronteriza (muchas veces calificadas como normas de orden público), considerando entre sus ventajas su seguridad, celeridad, inmediatez.

Pensamos entonces, que con similares seguridades y garantías los mecanismos electrónicos de comunicación y notificación pueden ser utilizados en los procesos judiciales en los que se ventilen otras materias, como así también en la solución de conflictos privada.

Realidad Virtual

Otro medio de prueba idóneo para intentar arribar a la verdad en un proceso, puede ser la reproducción del caso por realidad virtual donde los árbitros podrán tener la oportunidad de introducirse en una reproducción del desarrollo de los acontecimientos (ej. Responsabilidad por una avería en un vehículo o cobertura del seguro por inundación en una vivienda).

La realidad virtual es una tecnología de comunicación multisectorial que controlada por ordenador, permite al usuario la interacción intuitiva con datos. Es una base de datos gráficos interactivos, explorable y visualizable en tiempo

real en forma de imágenes tridimensionales de síntesis capaces de provocar una sensación de inmersión en la imagen.

La reproducción del caso por realidad virtual acercará aún más al árbitro –y porque no al juez- a la situación del conflicto ayudándolo en la toma de una real dimensión de los hechos, claro está, cuando la cuestión debatida requiera, haga necesaria tal medida.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ELECTRÓNICOS

El carácter internacional de un número relevante de litigios surgidos en el ciberespacio genera con frecuencia la necesidad de hacer reconocer o ejecutar una decisión judicial en el extranjero.

Resulta importante entonces analizar si las normas reguladoras del procedimiento de execuatúr, y la conveniencia o posibilidad de su aplicación para el reconocimiento y ejecución de los laudos electrónicos.

En nuestro país la jurisdicción internacional indirecta está regulada en los códigos procesales, así por ejemplo, en los artículos 517 a 519 bis del C.P.C.C.N., también se encuentran en vigor diversas convenciones internacionales que vinculan a la Argentina con distintos Estados, así, el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y el de 1940, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias 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 la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979; y en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR de las Leñas de 1992 (Decisión del Consejo Mercado Común N° 5/92).

Las normas vigentes de fuente interna y convencional, solicitan una serie de condiciones externas o requisitos formales, como la presentación de documentación por escrito legalizada y traducida, que resultan incompatibles con la desmaterialización propia de las nuevas tecnologías. Sin embargo estas

formalidades podrían ser superadas si recurrimos al criterio de equivalencia funcional, anteriormente analizado, y si se implementa en forma definitiva el sistema de infraestructura digital con la plena vigencia de la firma electrónica, los certificados de autenticación, la apostilla electrónica, etc.⁹⁰

Asimismo requieren que las decisiones judiciales o laudos arbitrales emanen de un órgano competente según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

Como vimos, no existen criterios uniformes para la determinación del juez competente en materia de contratos electrónicos, incertidumbre que dificulta el posterior reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera.

En la Argentina para el control de la jurisdicción internacional se utilizan el criterio o doctrina bilateralista, ya que las disposiciones sobre jurisdicción son bilateralizadas a fin de controlar la jurisdicción del juez extranjero. Ello implica que, para considerarse que el juez extranjero es competente en la esfera internacional además de no haber invadido la jurisdicción exclusiva del Estado requerido, ha detentado jurisdicción internacional en base a criterios semejantes o análogos a los del juez del foro. Los detractores de esta concepción se han alzado ante la rigidez que implica el exigir una coincidencia entre los criterios de la legislación del foro y de la legislación del Estado requirente. Encierra una suerte de desconfianza hacia los criterios jurisdiccionales en que se ha basado el sentenciante extranjero, no acorde con las tendencias actuales.

⁹⁰ 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. 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, emanada de una autoridad competente, designada a tal efecto por el Estado parte en el cual el documento fue expedido. 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 se celebró el 30 y 31 de mayo de 2005 en Las Vegas, Nevada, y el segundo foro fue celebrado el 28 y 29 de mayo de 2006 en Washington, D.C.

Esta postura, como es fácil suponer, puede obstaculizar el reconocimiento y ejecución de los laudos electrónicos, y quizá resulte más conveniente la adopción del sistema de control de jurisdicción unilateral doble.⁹¹

Por otro lado, cabría preguntarse si el orden jurídico del Estado de ejecución calificaría 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 garantiza el derecho de defensa.

El respeto al debido proceso legal, y fundamentalmente, la garantía de la defensa en juicio constituye un requisito fundamental para la procedencia del *exequatur*.

Por otra parte, la normativa vigente exige que la decisión extranjera no sea contraria al orden público internacional del Estado requerido.

En los EEUU 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.

Así, en el caso “Yahoo”, un juez francés condeno 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. A su turno, le fue requerido 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.

A su turno, en la Unión Europea, el Reglamento 44/2001 (CE) establece que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro son reconocidas en

⁹¹ La jurisdicción internacional del juez extranjero debe ser examinada con arreglo a las normas de su propio ordenamiento pero permite que el Estado requerido pueda negar el reconocimiento cuanto invadan la esfera de la jurisdicción internacional exclusiva del foro. Para esta línea de pensamiento, solamente corresponde negar la jurisdicción del sentenciante extranjero cuando hay invasión de la jurisdicción internacional del juez requerido.

los otros Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a un procedimiento complementario. No obstante la clara ventaja de la norma referida, excluye de su ámbito de aplicación los laudos arbitrales.⁹²

En suma, sin un cuerpo de normas jurídicas precisas en materia de contratación electrónica internacional, que respalden debidamente una decisión arbitral on line, es posible que ésta no pueda ser fácilmente reconocida o ejecutada por los tribunales judiciales nacionales.

La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales extranjeros⁹³

Ya hemos analizado varios aspectos de este texto sobre el que 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.

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.⁹⁴

Por tanto, siguiendo a la doctrina diremos que para saber cuando existe una sentencia extranjera podemos aplicar dos criterios, ambos negativos:

⁹² El Reglamento entiende por «resolución» cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como: auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución. La decisión extranjera no puede nunca ser objeto de una revisión de fondo.

Establece un sistema de reconocimiento automático de sentencias que dio origen a que la doctrina resaltara en el área de la Unión Europea el “imperio de la quinta libertad”, ya que junto a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales, reconocía la libre circulación de sentencias.

⁹³ Aprobada por Argentina por ley 23.619 del 28 de septiembre de 1988.

⁹⁴ La Convención establece que las sentencias extranjeras 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.

- 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 aclaración, 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. Este tema ha dado lugar a una gran diversidad doctrinaria en su interpretación, dado que del texto del instrumento bajo examen no surge una definición del término obligatorio, cuestión que le permitió a la más autorizada de las doctrinas vaticinar las consecuencias negativas de esta omisión. Sin embargo, se entiende que decir que un laudo es obligatorio es decir menos que laudo firme, mas primordialmente lo que logra la Convención de Nueva York 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.

Debemos aquí interrogarnos respecto a si es posible solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo electrónico invocando la aplicación de la Convención de Nueva York.

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, 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 estatales.

DESLOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE ELECTRÓNICO

Sostiene James Graham⁹⁵ que el arbitraje virtual tiene por ventaja eliminar los problemas ligados a la determinación de la jurisdicción competente.

La cuestión de la localización de la sede no constituye un tema sin importancia en la medida en que el *locus arbitrii* puede intervenir en algunos casos como para la aplicación de las reglas imperativas de procedimiento de un Estado, la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer los recursos en anulación, la satisfacción de la condición de reciprocidad (cuando sea requerida para la aplicación de las convenciones relativas al reconocimiento y la ejecución de los laudos).

Así, por ej., el artículo 1422 *a contrario* combinado con el artículo 1415 del Código de comercio mexicano subordina la competencia de juez de apoyo mexicano a la condición que el arbitraje tiene su sede en el territorio nacional.

La noción de sede en el arbitraje tradicional comporta dos aspectos diferentes: Por un lado, se trata de una noción material en el sentido en que ella designa un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales como la audiencia de las partes, la firma de la sentencia o su rendición. Sin embargo, se trata también de una noción jurídica designando de manera abstracta el lugar elegido por la voluntad de las partes como la sede del arbitraje.

En la mayoría de los casos, los dos lugares se confunden. Esto no impide que, a fin de facilitar el acceso a las partes, y la comunicación directa con el árbitro, sea posible encontrar de manera excepcional una disociación entre estas dos localizaciones en la medida en que los aspectos de ejecución material se efectúan en otro lugar al que este designado por las partes o por los árbitros como la sede del arbitraje.

En esta eventualidad, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en retener como sede, la designada por las partes. Así la Corte de Apelación de Paris consideró que se debía de subrayar que *“la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) bajo la dependencia de la voluntad de las partes, y no una noción*

⁹⁵ GRAHAM, James: “La deslocalización del arbitraje virtual”. Revista de Derecho Informática. ISSN 1681-5726. Editorial. Alfa-Redi. Noviembre 2001.

material dependiente del lugar en donde la audiencia se tuvo o el lugar efectivo de la rubrica de la sentencia”.

Para la determinación de la sede se han propuesto diversas soluciones. Si para el arbitraje virtual excluimos inmediatamente la idea de una localización del centro virtual por el emplazamiento del servidor sobre el cual se encuentra porque esto es fácilmente desplazable y sobre todo porque no presenta ningún vínculo concreto con las jurisdicciones de un Estado, se presentan dos hipótesis:

- A) la sede es fijada en un territorio estatal aunque el procedimiento arbitral se hace en el espacio virtual, o
- B) la sede es presuntamente localizada también en el ambiente cibernético.

La sede territorial ficticia

Las partes pueden elegir de manera ficticia un lugar de arbitraje situado sobre el territorio de un Estado y ninguna dificultad particular se presenta en la medida en que no hay ninguna objeción para permitir a un tribunal arbitral, por razones de comodidad, de tener las audiencias otra parte que el lugar de la sede – fuera en el espacio virtual.

Cabría así recomendar que las cláusulas compromisorias que prevén un arbitraje bajo un centro virtual deberían también incluir una disposición que fija de manera ficticia la sede del arbitraje en un Estado, además que *“los lugares jurídicos como la sede siguen la mundialización, por su admisión como una ficción pura, suelta de la localización material del arbitraje”.*

Entonces bien podemos determinar como “sede legal del arbitraje electrónico” un lugar concreto, el territorio de un Estado, distinto del ámbito virtual en el que se desarrolle el procedimiento.

Con respecto a los derechos estatales que exigen que la rendición del laudo sea localizado sobre el territorio, no se trata de determinar el lugar en donde materialmente la sentencia fue pronunciada, sino de determinar el “*ambiente*

jurídico” en cual se inserta el arbitraje, entre otras cosas para poder después prever los recursos ante los tribunales estatales.

La sede virtual deslocalizada

Si las partes quieren fijar la sede en el espacio virtual surgen entonces, reales dificultades. Para beneficiar de los tribunales estatales, es posible también elegir una ley procesal de un Estado que está utilizando este criterio para establecer la competencia de sus jurisdicciones. Sin embargo, esto tiende más y más a desaparecer.

Si la elección se efectúa sobre una ley nacional no permitiendo el embargo de las jurisdicciones de este Estado o sobre un reglamento de arbitraje o sobre la *lex virtualis*, parece que estamos en un callejón sin salida en la medida que ningún Estado podría *prima facie* anular el laudo.

¿Quién actuaría como tribunal de alzada en el arbitraje virtual? ¿Los tribunales de que jurisdicción tendrían competencia para controlar, revisar, confirmar o anular un laudo virtual?

Ante la deslocalización estaríamos en presencia de una sentencia flotante. Sin embargo, la doctrina se interroga respecto a si ello sería realmente un inconveniente.

¿Podemos sostener que el hecho de que los Estados no puedan anular un laudo arbitral electrónico los coloca en una situación de resignación frente de un acto de justicia privada?

Debemos concluir que no, en la medida que su ejecución o su reconocimiento podrán siempre ser rechazados en el Estado en donde la parte que obtuvo el laudo favorable quiera solicitar la ejecución o embargar los bienes. He ahí un real punto de anclaje.

Otra cuestión importante respecto al reconocimiento y ejecución del laudo electrónico, está dada por que la Convención de Nueva York está basada sobre un mecanismo Estado de origen – Estado de recepción.

En el arbitraje virtual, el Estado de recepción subsistirá en la medida que la mayoría de las sentencias deberán ser ejecutadas en un Estado. Sin embargo,

careceríamos del Estado de origen porque la sede del arbitraje se encuentra en el “espacio virtual”.

Además la Convención dispone que su campo de aplicación concierne únicamente sentencias “*extranjeras*” definidas éstas como habiendo sido rendidas sobre el territorio de otro Estado que este en donde el reconocimiento o la ejecución es requisado.

Sin embargo, el artículo primero prevé también que la Convención se aplica para un laudo dictado sobre el territorio del Estado de recepción si ella ahí no es considerada como una sentencia nacional.

Si entonces una sentencia puede ser extranjera cuando ha sido dictada en el territorio del Estado nacional, debería serlo *a fortiori* si ella fue rendida en un “espacio internacional virtual” como, se sostiene, es el Internet. Esto además que la disposición convencional esta interpretada por la doctrina como autorizando un despegue completo del arbitraje con respecto a todo orden jurídico, y sobre el particular ya hemos manifestado nuestras serias objeciones. Por lo tanto, concedemos que para los Estados que aplican la Convención bajo la reserva de reciprocidad las sentencias plenamente deslocalizadas en el espacio virtual no pueden ser ejecutadas según las disposiciones de la Convención a falta de haber sido dictadas en un Estado que ha ratificado la Convención de Nueva York.

Se ha esgrimido que la solución sería considerar que la sede del arbitraje se encuentra en el espacio virtual e interpretar la Convención de Nueva York en el sentido que todos los Estados parte reconocerían una sentencia virtual y pondrían a su disposición sus jurisdicciones.

Sin embargo, ciertos autores defendieron vehemente la idea que las sentencias no susceptibles de recursos en anulación no podrían beneficiarse de la Convención de Nueva York. El debate se iniciaba al sujeto del antiguo artículo 1717 del Código judicial belga excluyendo *ex officio* todo recurso en anulación para los asuntos que no endrían ningún vínculo con Bélgica y al sujeto del artículo 192 de la ley de derecho internacional privado suizo si la facultad de exclusión de todo recurso fue ejercida por las partes – sistema que

ha inspirado directamente el nuevo artículo 1717 de la ley belga del 19 de mayo 1998. La mayoría de la doctrina condenó tal punto de vista contrario al texto y a la lógica de la Convención.

En efecto, esta declara aplicarse a las “*sentencias extranjeras obligatorias*” y no a las “*sentencias extranjeras obligatorias pero susceptibles de un recurso en anulación*”.

Si bien alguna doctrina afirma que no hay ningún real obstáculo en el sistema instituido por la Convención de Nueva York a la admisión de sentencias rendidas por instituciones de arbitraje deslocalizadas en Internet y que tendríamos así un sistema mundial, uniforme y abierto para resolver los conflictos que *per se* van a ser transnacionales; no creemos que ella sea conveniente más allá de nuestras serias objeciones a considerar a Internet como un “espacio virtual” anacional y ajurídico.

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.⁹⁶

Pero el reconocer su existencia no implica instituirlo como un espacio “anacional”, un territorio sin territorio, un lugar sin lugar, un sitio sin sitio, sin localización.

Según nuestra perspectiva constituye un medio de comunicación novedoso, en evolución pero nunca un territorio virtual; vemos entonces más conveniente la adopción del criterio de designación de una sede territorial ficticia o legal que nos permitirá estar en mejores condiciones para determinar algunas exigencias tales como, por ejemplo, los vínculos más estrechos o la conexión razonable

⁹⁶ Feldstein de Cárdenas, Sara: “Internet. Un Golem de la Postmodernidad? Ponencia publicada en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. elDial. Editorial Albremática. 2006.

entre el foro elegido y los términos del contrato base en los casos en los que el derecho aplicable a la prórroga de jurisdicción así lo requiera.

CONCLUSIÓN

La naturaleza humana inquieta, dinámica nos lleva a un constante, permanente cambio en un intento de evolucionar y mejorar nuestras condiciones y calidad de vida.

El carácter cosmopolita del hombre lo lleva a entablar (a veces imperceptiblemente) relaciones internacionales y regionales con mayor habitualidad, facilitado ello por la mejora en los medios de transporte y comunicación y la utilización de avanzada tecnología, lo que permite y facilita los traslados y la concreción de relaciones y acuerdos de variada índole.

El avance de la ciencia, la industria y la tecnología da nacimiento a diversas situaciones y figuras novedosas que parecerían, en un principio, estar ajenas a toda normativa y regulación posible.

Ello tienta a los estudiosos a alegar inmediatamente la naturaleza *sui generis* de algunas figuras jurídicas y modalidades contractuales, y en consecuencia, intentan encontrar en ellas características nuevas, distintas, originales, que justifiquen tal encuadre y la elaboración de normativas específicas, estatutos especiales, llegando a sostener, a veces, la incapacidad del sistema jurídico para una regulación adecuada, afirmando la necesidad de dejarlo en manos de los propios operadores o usuarios, pretendiendo así justificar una invocada anacionalidad que se le atribuye al “nuevo instituto”.

En el caso de Internet hemos visto que parte de la doctrina alega su carácter “ajurisdiccional” que lo desprendería por completo de los sistemas jurídicos nacionales, y consecuentemente, en el punto aquí tratado, el procedimiento de solución de conflictos acordado por su intermedio y desarrollado íntegramente en su ámbito gozaría de una cierta “deslocalización” que conduciría a la plena autonomía y autosuficiencia reguladora.

En la breve recorrida realizada a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos on line, especialmente en aquellos que involucran a

consumidores, hemos podido advertir que se ha previsto incluso, una forma de “ejecución del reclamo efectuado”, por ejemplo con el reintegro del importe pagado por el servicio o producto que no fue satisfactorio.

Ello es positivo. Tiende a la efectividad del mecanismo y a la certeza del usuario de encontrar una respuesta real a su problema, una solución concreta y rápidamente ejecutable, haciendo en consecuencia al sistema más confiable.

No obstante, no podemos confundir esta necesidad de ofrecer mecanismos alternativos, privados de solución de conflictos eficientes, rápidos, y en cierta medida, autónomos, con una naturaleza “anacional o ajurisdiccional”, ya que ellos se desarrollan, se desenvuelven dentro del marco establecido por la ley.

Pensar que un sistema de solución alternativo o la llamada “justicia privada”, en contraposición a la justicia estatal, se encuentra fuera del marco jurídico del Estado, nos puede llegar a conducir a identificar la justicia privada, con justicia propia, o justicia por mano propia, y no debemos perder de vista que el monopolio de la fuerza pública y la jurisdicción está en manos del Estado y los mecanismos de mediación, conciliación, arbitraje, privados, se desarrollan dentro del marco de cuestiones disponibles, facultativas, y que la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta.

Estas son pautas básicas de todo sistema jurídico para ser considerado como tal y el hecho que las relaciones de diversa índole (sociales, culturales, jurídicas, y porque no delictivas), puedan ahora entablarse a través de una red electrónica de comunicación, no las coloca fuera del contexto jurídico establecido. Solo hay que adecuar las soluciones tradicionales y aplicar los principios generales, sobre los que se basa la organización de la vida del hombre en sociedad.

En el análisis de las cuestiones propuestas en esta oportunidad, hemos podido ratificar nuestras hipótesis iniciales así:

Hemos constatado la necesidad de la armonización legislativa en materia de contratación electrónica para facilitar, permitir la concertación de acuerdos internacionales *on line*, imprescindible en los negocios internacionales y en especial, en las áreas integradas.

Resulta apropiada la elaboración de instrumentos específicos en la materia que contemplen las particularidades propias de estos nuevos medios de contratación, por cuanto no dudamos en propiciar la puesta en marcha de una política coherente de uso, desarrollo y aplicación de las TICs., con una legislación que regule su utilización en forma flexible ya debe prever el avance y actualización constante de las nuevas tecnologías.

Las normas que se elaboren tendientes a la regulación de los mecanismos de comunicación electrónicos, digitales a la vez de ser precisas, deben ser lo suficientemente amplias como para prever y aceptar los cambios en los medios de comunicación, en tanto garanticen igual o superior grado de seguridad.

A su turno la normativa elaborada por el Estado, no debe circunscribirse a la óptica local, a la regulación en base a los criterios nacionales, sino que por el contrario, debe tender a la armonización legislativa, teniendo en cuenta los informes, avances que en la materia realicen los organismos internacionales y se plasmen en el derecho comparado. Lo contrario, sería someter al país al aislamiento.

No debe perderse de vista que también se requiere la realización de inversiones que nos permitan sacar el mayor provecho posible a las tecnologías disponibles hoy día. Estas inversiones resultan fundamentales para la adecuación del sistema de justicia y su correcto funcionamiento, por ello se deben aunar esfuerzos que nos permitan optimizar los recursos que se invierten en este tema.

En el ámbito internacional y de manera especial, debemos ver como las inversiones realizadas por organismos de cooperación o de financiamiento en los países de menor desarrollo logren un mejor resultado, optimizando los recursos escasos invertidos.

No obstante, hasta tanto la ansiada armonización se produzca, 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.

El 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 si pretendemos asignarle una naturaleza ajurisdiccional.

En relación con la jurisdicción internacional en materia de contratos electrónicos, la prórroga a favor de tribunales arbitrales resulta una alternativa viable y eficaz, para posibilitar la solución de conflictos derivados de las relaciones internacionales digitales y del comercio electrónico.

Hemos visto también que en el presente trabajo, que entre los mecanismos alternativos de solución de disputas por vía digital se encuentran algunas iniciativas, proyectos y proveedores que procuran adaptar a la nueva realidad de la NET, la resolución de los posibles conflictos que se den en las relaciones electrónicas. Estos mecanismos resultan ser tanto celebrados como criticados por parte de la doctrina.

Por un lado se destaca la facilidad de operación, inmediatez, celeridad, economía y el ofrecer un ámbito eficaz para la solución de conflictos que de otro modo nunca llegarían a los estrados judiciales, o a ventilarse en procedimientos tradicionales.

Por otro lado, se ve a estos nuevos sistemas con resquemor, desconfianza, buscando resaltar las desventajas detectadas y las inseguridades o incertidumbre del sistema.

Algunas de las desventajas de la cibermediación no tienen mucho mérito cuando se aplica a las controversias que surgen en línea. Por ejemplo, hemos explicado que para muchas personas que actúan en internet y resuelven someter la resolución de sus conflictos a algún mecanismo alternativo electrónico, el anonimato es importante, lo que representaría una ventaja frente a los sistemas cara-cara.

Además, los probados beneficios que el arbitraje brinda como método de resolución de las controversias por excelencia en la esfera internacional,

pueden extenderse a los operadores del comercio electrónico que en él confíen.

No debe pensarse que los ODR atienden solo las desavenencias nacidas entre los colosos de los mercados internacionales ya que pueden resultar un procedimiento eficaz para la resolución de disputas entre empresas pequeñas, 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*. Ello, facilita, posibilita, la solución de conflictos entre partes que de otra forma no tendrían acceso a la justicia o no llevarían sus diferendos a resolución judicial dada la escasa cuantía del asunto en consideración a los gastos, el tiempo y demás inconvenientes que el proceso ordinario implicaría.

Constituye un hecho de la realidad que los usuarios, por ej., de eBay, acuden a efectuar sus reclamos a través del sistema de solución electrónica ofrecido en la propia página.

Resultará esencial que teniendo en cuenta la iniciativa de UNCITRAL, los legisladores contemplen la necesidad de la modificación, o reemplazo de las reglas existentes en la materia, emprendiendo las reformas en sus leyes de arbitraje, contratos, comercio internacional o de derecho internacional privado, que se adecuen a la realidad del entorno cibernético.

Sin embargo no observamos entre los principios del arbitraje *on line*, electrónico o cibernético, ninguno que no pueda ser predicado, observado en el arbitraje tradicional. Así la buena fe, la autonomía y conservación del acuerdo arbitral electrónico, la competencia de la competencia, la igualdad de las partes y la protección de la parte considerada más débil por el ordenamiento jurídico - que hemos analizado en el presente trabajo-, son principios, presupuestos reconocidos, receptados y regulados por distintas normas de los ordenamientos jurídicos estatales de fuente interna como convencional.

En alusión a ello, el marco normativo del arbitraje virtual deberá prestar particular interés en garantizar a los usuarios la validez al acuerdo arbitral celebrado electrónicamente y ordenar el proceso digital, cibernético con

respeto a la observancia del debido proceso legal, garantizando el acceso de las partes al expediente, su derecho de defensa, la seguridad en las notificaciones, la no interceptación de las comunicaciones digitales que se cursen, como así también la confidencialidad de las cuestiones que se debatan, y del laudo electrónico cuando así sea requerido.

Como es lógico suponer, y se desprende del desarrollo efectuado, resulta imperiosa la emisión de un laudo electrónico en condiciones tales de ser reconocido y ejecutado en los Estados, en caso de ser ello necesario. De lo contrario, en el supuesto que el laudo solo tenga efectos cuando las partes lo acatan y cumplen voluntariamente estaríamos frente a una norma moral, no jurídica ya que habríamos desprovisto al laudo de un requisito esencial para ser considerado una norma jurídica particular, cual es la posibilidad de su ejecución forzosa.

De diversas conversaciones, entrevistas y debates entablados a lo largo de esta investigación con usuarios de los sistemas electrónicos y los profesionales, advertimos mayor desconfianza en los últimos en cuestiones tales como la seguridad jurídica, el fraude a la ley, el reconocimiento de la prueba electrónica que ponen en duda la capacidad y posibilidad de dar, en un procedimiento electrónico, cumplimiento a las garantías del debido proceso legal.

Muchos abogados afirman la imposibilidad, en las condiciones actuales, de dar un marco jurídico apropiado al procedimiento electrónico que permita, por ejemplo, el desarrollo adecuado del expediente judicial, a pesar de que, como vimos están empeñados los esfuerzos de la Corte Suprema de la Nación argentina en la mejora del servicio de justicia dentro de un plan general de gestión judicial que incluye la informatización del Poder Judicial de la Nación.

Hemos intentado mostrar, cómo en un contexto electrónico, es posible el intercambio seguro de la información, la celebración del contrato electrónico, la solución de conflictos, la realización de la etapa probatoria, audiencias, con las mismas garantías, certezas, seguridades que en un procedimiento cara a cara.

Más allá de estar convencida de que la aceptación de las nuevas tecnologías, sus efectos jurídicos y su incorporación al ámbito judicial es una necesidad imperiosa (dada por la situación de los edificios, la dificultad de acceso tanto para los justiciables como para los profesionales intervinientes, la cantidad de expedientes en trámite, el archivo de causas, y podemos seguir enunciando las razones que están dadas por la situación específica y general de la justicia argentina en estos momentos); también considero que las dificultades y desconfianzas que podemos plantearnos hoy frente a las comunicaciones electrónicas y su posibilidad de regulación eficiente, no deben ser muy distintas a las dificultades y desconfianzas que podían existir en época de la sanción del Código de Vélez cuando se dispusieron las reglas aplicables a la celebración de los contratos a distancia mediante correo postal, o las pautas reguladoras del comercio internacional, en una época en la que los medios de comunicación y de transporte distaban mucho de ofrecer la celeridad y seguridad de hoy en día.⁹⁷

Muchas de esas pautas y criterios, que brevemente hemos repasado en este trabajo, continúan vigentes y pueden ser aplicables, más que con una actualización jurídica, con una actualización de mentalidad.

No temerle a los cambios, intentar afrontar nuevos desafíos y resolver situaciones novedosas es obligación de todo hombre de ciencia. Los profesionales del derecho deben buscar como adecuar las soluciones

⁹⁷ El Correo Mayor de Indias, establece el inicio del Correo Fijo (regular) en el Río de la Plata con recorrido hasta Chile y el Alto Perú el 17 de junio de 1748, para posibilitar de esta forma, que los hombres y mujeres que habitaban las colonias estuvieran comunicados. Las cartas debían ser retiradas en la oficina pública de la zona. Los medios en que viajaba la correspondencia, sin mayor protección contra las inclemencias del tiempo, eran muy lentos e inseguros. Los medios de transportes de aquella época (utilizados para la comunicación entre las ciudades) eran escasos, lentos e inseguros: las carretas, tirada por bueyes, las diligencias o galeras las cuales eran un poco más cómodas eran tiradas por caballos. El chasqui viajaba en caballos, el medio de transporte más veloz de aquella época. Las distancias eran muy largas y no siempre existían caminos.

En nuestro país, el correo fue organizándose casi a la par del resto de las instituciones. En 1826 el presidente de la República, Bernardino Rivadavia, envió al Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata el proyecto de nacionalización de correos.

conocidas a los problemas que se plantean que considero, no son nuevos, solo se plantean en un contexto diferente.

Como ya hemos destacado, la actividad privada de manera temprana advirtió las ventajas de los procedimientos de solución de conflictos on line, y los centros especializados, lejos de detenerse en los obstáculos, buscaron dar las seguridades y garantías necesarias a los usuarios, reclamando a los expertos en sistemas informáticos, la creación de aplicativos necesarios para el logro de dichos cometidos.

Por ello nos detuvimos en el análisis de algunos aspectos en el funcionamiento de los centros de arbitraje, mediación o conciliación electrónica ya que consideramos que dichas experiencias resultan invalorable al momento de encarar la informatización del Poder Judicial, y la implementación del expediente electrónico.

El progreso tecnológico nos cambió el idioma, la forma de comunicación, pero la necesidad de dar seguridad jurídica, regular las relaciones humanas, solucionar los conflictos en forma eficiente, es la misma, solo, no debemos cerrar los ojos a la realidad, ya que en la medida que nos neguemos a aceptar los cambios, estaremos negándole a los justiciables una solución eficaz y concreta a sus problemas.

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.
- BARCELÓ, Rosa J. Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España, 2000.
- BASABE, Nélica, "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.
- BIOCCA, CARDENAS, BASZ "Lecciones de Derecho Internacional Privado", Editorial Universidad, Buenos Aires, Tercera edición 2003.

- BRENNAN, 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, The 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.
- 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.
- 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
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara: "El largo camino del domicilio en el derecho Internacional privado".
- FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara: "Internet. Un Golem de la Postmodernidad?. Ponencia publicada en el Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. eDial. Editorial Albremática. 2006
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara – RODRÍGUEZ, Mónica Sofía – MEDINA, Flavia – SCOTTI, Luciana: "Contratos electrónicos internacionales: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado argentino" Primera parte. Síntesis Forense N° 119, perteneciente al Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro. Setiembre/octubre 2006. – Segunda Parte en Síntesis Forense N° 120, perteneciente al Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre 2006/Enero 2007.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara – RODRÍGUEZ, Mónica Sofía – MEDINA, Flavia – SCOTTI, Luciana: "Contratación Electrónica Internacional: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado".
- 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.
- GAGO, Fernando, "Contrato en Internet. Ley aplicable - Autonomía de la Voluntad", en *Revista Jurídica La Ley* 2000-C, 1053.
- 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 (RDAl)*, 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.
- 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.
- GOODMAN, Joseph W., "Los pro y los contras de la Resolución de Conflictos en línea: Una evaluación de los sitios web de CYBER-MEDIACIÓN".
- GOLDENBERG, Pablo, MARÍ HERNÁNDEZ, Álvaro, "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
- 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.
- Mathiason J.R. y Kuhlman C.C., "International Public Regulation of the Internet: Who Will Give You Your Domain Name?" en <http://www.intlmgt.com/domain.html> .marzo de 1998.
- 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. Marcaill 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.
- 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.
- OYARZÁBAL, Mario J. A., "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 2003, 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) N° 144, 1999.
- PONTE, Lucille M.: "Como aumentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico: Recomendaciones para el establecimiento justa y eficaz solución de controversias en los programas de B2C transacciones en línea". L.J Ciencia y Tecnología. 441, 442-44 (2002).
- RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio: "Marco jurídico español del comercio electrónico". Bilbao. 22 de septiembre. 2005.
- 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.
- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía: "Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica". Resultado del informe de Avance del Proyecto de Investigación desarrollado en el Departamento de Investigación de la Universidad de ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Período: Julio 2008 – diciembre 2009. Pag. 1-86. Publicado en <http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigacion/archivos/informe-para-web-monica-rodriguez.pdf>.
- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía: "Arbitraje en Internet"- Primera Parte. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración n° 49 de <http://elDial.com>. Editorial Albremática. noviembre de 2009.
- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía "Arbitraje en Internet"- Segunda Parte. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración n° 50 de <http://elDial.com>. Editorial Albremática. Marzo 2010.

- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía – OLIVA Alicia: Jurisdicción internacional en materia contractual” – EN “Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado y de la Integración” - Serie de libros universitarios. Ed. La Ley. Abril 2004.
- 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.
- 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.

Nombre de archivo: Informe_Rodriguez_M.doc
Directorio: C:\Documents and Settings\irina\Escritorio
Plantilla: C:\Documents and Settings\irina\Datos de
programa\Microsoft\Plantillas\Normal.dotm
Título: Mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea
Asunto:
Autor: monica
Palabras clave:
Comentarios:
Fecha de creación: 17/12/2010 11:43:00 a.m.
Cambio número: 6
Guardado el: 19/05/2011 02:06:00 p.m.
Guardado por: User
Tiempo de edición: 8 minutos
Impreso el: 23/05/2011 10:01:00 a.m.
Última impresión completa
Número de páginas: 186
Número de palabras: 60.490 (aprox.)
Número de caracteres: 332.695 (aprox.)