

COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: UN BINOMIO DESEABLE

Luciana B. Scotti*

Publicado en: Ricardo Soares Stersi dos Santos / Sandra Negro (coordinadores), *Relações Internacionais, comércio e desenvolvimento*, ISBN: 978-85-328-0569-0 (EdUFSC) - 978-85-7840-042-2 (Fundação Boiteux), Universidad de Santa Catarina, Brasil, 2011, ps 167 – 202.

I. INTRODUCCIÓN

Internet ha erosionado, en los hechos, los límites geográficos. Esta suerte de “desterritorialización”, de “deslocalización” trae como consecuencia la imposibilidad, o al menos la seria dificultad, de los Estados para regular de modo independiente este fenómeno.

A su turno, vale recordar que uno de los ocho objetivos de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas es “velar por que se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular, los de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”. Consideramos, que para ello, es imprescindible la regulación de Internet y en particular del comercio electrónico a nivel interno, pero especialmente regional e internacional.

En esta oportunidad, nos dedicaremos a la armonización que esta materia ha tenido en los procesos de integración regional, tomando como referentes dos de ellos, la Unión Europea y el Mercosur, con grados de integración disímiles y consecuentemente con muy diverso desarrollo normativo en materia de comercio electrónico.

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado y del Programa de Actualización en "Derecho de los Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo". (Facultad de Derecho, UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

Veamos entonces, en primer lugar, el caso de la Unión Europea; en segundo término, abordaremos el tratamiento que la cuestión ha recibido en el Mercosur, para finalmente realizar algunas reflexiones personales.

II. EL CASO DE LA UNIÓN EUROPEA: la Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en especial el comercio electrónico en el mercado interior

a. Antecedentes

La regulación del comercio electrónico en la Unión Europea se enmarca en una política mucho más amplia, en relación con la sociedad de la información, basada en la política de las telecomunicaciones.

Como primera aproximación a Internet y al comercio electrónico, la Comunidad Europea elaboró una serie de comunicaciones al respecto. En julio de 1994, la Comisión elaboró un plan de acción titulado: “La vía europea hacia la sociedad de la información”.¹ Posteriormente, lanzó la Comunicación: “Europea en primera línea en la sociedad de la información global: plan de acción evolutivo”.²

La expresión “comercio electrónico” aparece por primera vez en una iniciativa comunitaria en la Comunicación “Iniciativa europea de comercio electrónico”, del 16 de abril de 1997. También esta es la primera oportunidad en la que la Comisión se plantea la posibilidad de elaborar una regulación comunitaria comprensiva de los distintos aspectos jurídicos del comercio electrónico. A tales efectos, la Comisión señaló cuatro principios a ser tenidos en cuenta al momento de establecer un marco legislativo en la materia: 1) “No regular por regular”, en consonancia con el principio de subsidiariedad, 2) “Cualquier reglamentación debe basarse en todas las libertades del mercado único”, 3) “Toda reglamentación ha de tener en cuenta las realidades comerciales” y 4) “Toda reglamentación

¹ COM (94) 347, del 19 de julio de 1994.

² COM (96) 607, del 27 de noviembre de 1996.

debe satisfacer objetivos de interés general de manera efectiva y eficaz”, como el derecho a la intimidad, la protección del consumidor y la amplia accesibilidad a las redes.³

El 14 de febrero de 1998, la Comisión emitió la Comunicación “Globalización y Sociedad de la información. La necesidad de reforzar la coordinación internacional”⁴ y el 17 de junio de 1998, aprobó la Comunicación “Comercio electrónico e imposición indirecta”.⁵

En este contexto, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva para armonizar determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior el 23 de diciembre de 1998.⁶

Mientras tanto, en diciembre de 1999 se adoptó la comunicación “eEurope – Una Sociedad de la información para todos”, que fue acogida favorablemente por el Consejo Europeo que, en marzo de 2000, fijó un nuevo objetivo estratégico de la Unión para la próxima década: “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo”.

El 28 de febrero de 2000, el Consejo Económico Financiero de la Unión Europea adoptó la Posición común 22/2000, con la abstención de la delegación de Bélgica, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, con la finalidad de crear un marco jurídico simple y coherente para el desarrollo del comercio electrónico en el mercado único.

Finalmente, el 8 de junio de 2000 la UE, luego de un arduo debate interinstitucional entre el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión, aprobó la Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en especial el comercio electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento), con diversas modificaciones respecto del texto original.⁷

³ Comunicación de la Comisión sobre una *Iniciativa europea de comercio electrónico*. COM (97) 157 final. Bruselas, 16 de marzo de 1997, ps. 22 y 23.

⁴ COM (98) 50 del 4 de febrero de 1998.

⁵ COM (98) 374 del 17 de junio de 1998.

⁶ COM (98) 586 final. Bruselas, 18 de noviembre de 1998.

⁷ *Diario Oficial* N° L 178, del 17 de julio de 2000, ps. 1 – 16.

La norma comunitaria procura evitar obstáculos a la contratación por medios electrónicos, equiparando en cuanto a su validez a esta nueva modalidad con las tradicionales.

Esta Directiva 2000/31/CE complementa a la Directiva sobre firma electrónica que reconoce igual validez a la firma electrónica que a la manuscrita. A su vez, fue seguida por otras directivas sobre dinero electrónico, sobre ciertos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información, así como sobre el régimen del impuesto al valor agregado aplicable a ciertos servicios brindados por medios electrónicos.

Su objetivo no es lograr una uniformidad del derecho en la materia sino crear un marco general de tipo flexible. En efecto, los Estados miembros gozan de una gran libertad de transposición de esta Directiva.

b. Alcance del instrumento elegido

La Directiva 2000/31/CE es una norma comunitaria de derecho derivado, que goza de primacía en relación con las normas de derecho interno de los Estados miembros de la UE.

El instrumento elegido por la UE para regular algunos aspectos vinculados al comercio electrónico se caracteriza por obligar a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse. No obstante, son las autoridades nacionales quienes eligen la forma y los medios para ello. Para que los objetivos contemplados en la directiva tengan efecto para los ciudadanos es preciso que el legislador nacional proceda a un acto de transposición, mediante el cual el Derecho nacional se adapta a los objetivos determinados en la Directiva. Es este acto jurídico que da lugar a la transposición de la directiva al Derecho nacional el que en esencia confiere derechos e impone obligaciones al ciudadano.

Por lo tanto, existe una obligación de transposición en el plazo establecido por la directiva. A tales fines, los Estados miembros elegirán las modalidades internas más adecuadas para garantizar la eficacia del Derecho comunitario (artículo 10 (5) del Tratado CE). Sin embargo, si bien, en principio, las directivas no son directamente aplicables, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha decidido que excepcionalmente las disposiciones de una directiva también pueden ser directamente aplicables

en un Estado miembro, sin necesidad de un acto de transposición previo de un Estado miembro (jurisprudencia constante desde Rec. 1970, 1213 y sig.) cuando 1) el plazo de transposición haya vencido y la directiva no haya sido traspuesta o lo haya sido deficientemente; 2) las disposiciones de la directiva sean de contenido suficientemente claro, y 3) las disposiciones de la directiva confieran derechos al ciudadano individual. De acuerdo con ello, si se reúnen estas condiciones, el ciudadano puede remitirse a las disposiciones de la directiva frente a cualquier órgano del poder público (efecto directo vertical).

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

c. Creación de un mercado único para los servicios de la sociedad de la información

La Directiva procura garantizar la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento en la sociedad de la información, como regla específica del principio más general de la libertad de expresión, reconocido en el artículo 10.1 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre.

El fundamento de la adopción de esta Directiva está claramente expuesto en el considerando 5: “El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad se ve entorpecido por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior y que hacen menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios...”

A fin de alcanzar dicho objetivo, la Directiva afirma el principio del país de origen, reclamando que cada Estado miembro vele por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado (artículo 3.1). Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado (artículo 3.2).

Estamos en presencia de un principio que rige la totalidad del mercado interior desde el 1º de enero de 1993 y que ha sido consagrado por la jurisprudencia a partir del célebre caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: “Cassis de Dijon”.⁸

La cláusula de mercado interior, según la Comisión, “permite a los prestadores en línea ofrecer sus servicios en toda la Unión con arreglo a las normas del Estado miembro en el que estén establecidos”, sin que los Estados puedan adoptar (salvo en situación excepcionales previstas por la

⁸ Sentencia TJCE del 20 de febrero de 1979. Caso 120/78. *Rec.* (1979), o. 662.

propia Directiva) medidas que obstaculicen o hagan menos atractiva la prestación de servicios de la información procedentes de otros Estados miembros.⁹

Cabe destacar que la regla del país de origen y la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios contemplados en el artículo 3 de la Directiva se dirigen específicamente al ámbito coordinado.

La noción de “ámbito coordinado” la hallamos en el artículo 2.h: “los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos.”

El ámbito coordinado, entonces, se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con: el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como las exigencias relativas a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones, y el ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, a la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos en relación con la responsabilidad del prestador de servicios.

En cambio, no se refiere a las exigencias aplicables a las mercancías en sí, a los requisitos aplicables a la entrega de las mercancías, y a los requerimientos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos.

d. Objetivo y ámbito de aplicación

Según el apartado 1 del artículo 1º el objetivo de la Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.

A tal fin, el apartado 2 señala los ámbitos de la sociedad de la información que deben ser armonizado: el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los

⁹ Cfr. “Comunicación sobre comercio electrónico y servicios financieros”, del 26 de enero de 2001, p.2. Disponible en <http://www.europa.eu.int>

contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros.

La Directiva cubre todos los servicios de la información, es decir “todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

Esta definición de servicios de la sociedad de la información ya existía en el Derecho comunitario, y se recoge en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información y en la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

El Considerando 18 expresa que los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio. En cambio, la radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos,

como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico son considerados tales.

Por otro lado, el uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información. Tampoco la relación contractual entre un empleado y su empresario es un servicio de la sociedad de la información; las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información.

Por otra parte, la Comisión Europea se ha resistido a elaborar una definición genérica del comercio electrónico. En cambio, se ha limitado a describirlo afirmando que consiste en “realizar electrónicamente transacciones” y que “comprende actividades muy diversas como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimiento de embarque electrónico, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea (on line sourcing), contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa”.

Debe quedar claro que la Directiva se aplica tanto al comercio electrónico directo como al indirecto, dado que en el segundo caso, la comercialización por vía electrónica de esos servicios debe considerarse un servicio de la sociedad de la información, sin perjuicio de que su régimen no se aplique a la entrega de las mercancías ni a la prestación de servicios por medios no electrónicos, cuestiones que han sido excluidas del ámbito coordinado de la Directiva 2000/31/CE según el art. 2.h.

A su turno, cabe señalar respecto del ámbito subjetivo de aplicación que tal como expresa el considerando 58, la Directiva no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer país. Sin embargo, habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico, la Unión Europea considera conveniente garantizar, no obstante, la coherencia del marco comunitario

con el marco internacional. Por ello, la Comisión contempla un plan de acción bilateral u otro multilateral en busca de una armonización más amplia. En el primero, destaca la Declaración conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos de América del Norte, firmada en Washington, el 5 de diciembre de 1997 sobre comercio electrónico (Joint EU-US Statement on Electronic Commerce). En el plano multilateral, la Unión Europea colabora activamente en los foros internacionales que abordan esta cuestión, principalmente, la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI) y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

e. Excepciones

La Directiva prevé tres tipos de excepciones: 1) algunas actividades son excluidas del campo de aplicación (anexo 1: fiscalidad, carteles, tratamiento de datos personales, actividades de notarios, representación y defensa de clientes ante los tribunales, juegos de azar); 2) la cláusula del “país de origen” no se aplica en un cierto número de ámbitos específicos; 3) los Estados miembros pueden tomar medidas que limiten la libre circulación de servicios procedentes de otro Estado miembro (excepciones caso por caso), por motivos derivados de cuestiones concretas como la protección de menores, la salud, o la protección de los consumidores.

Los fundamentos de tales excepciones difieren según el caso. Algunas excepciones están vinculadas a actividades conexas al ejercicio del poder público, en sentido amplio, como las actividades de los notarios y la representación y defensa de los intereses de sus clientes por parte de los abogados. En otros supuestos, son ámbitos excluidos porque son objeto de una regulación comunitaria específica, como es el caso de la moneda electrónica, los servicios financieros y la materia fiscal.¹⁰ Algunas exclusiones responden a la necesidad de coordinación con otras disposiciones comunitarias en materias que se entrecruzan con el comercio electrónico, como la protección del derecho de autor y de los bancos de datos, así como la protección de los datos personales.¹¹ En otros supuestos, la excepción

¹⁰ El Considerando 13 dispone que la Directiva no tiene la finalidad de establecer normas sobre obligaciones fiscales; tampoco prejuzga la elaboración de instrumentos comunitarios relativos a aspectos fiscales del comercio electrónico.

¹¹ El Considerando 14 expresa: “La protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal se rige únicamente por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la

se funda en la necesidad de respetar las competencias nacionales en virtud del principio de subsidiariedad, como por ejemplo el caso del *spamming*.¹² Otras evitan una intromisión en el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, como la excepción de la libertad de las partes de elegir la legislación aplicable a su contrato, y la de las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores.

f. Principio del país de origen. Sus implicancias en el Derecho Internacional Privado

La elección de la regla del país de origen se justifica en el alcance potencialmente mundial de Internet, la consiguiente imposibilidad de determinar el espacio preciso en el que se desarrollan las actividades y las dificultades de tomar en consideración la totalidad de las normas de los eventuales países de destino.

Sin embargo, prestigiosa doctrina ha advertido sobre las dificultades de la remisión con carácter general a la ley de origen en relación con la actividad intracomunitaria, en particular el riesgo de descenso del nivel de tutela y exigencia de los ordenamientos al convertir a los países con menos restricciones en los más atractivos para que se establezcan los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Peligro que se acentúa por la facilidad de deslocalización de las actividades en Internet, el limitado nivel de armonización comunitaria de la normativa sobre competencia desleal y el interés de los Estados con niveles más estrictos de exigencia por evitar la discriminación inversa inherente a la aplicación de las legislaciones más restrictivas a la actividad de las empresas establecidas en los países en los que están en vigor.¹³

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, que son enteramente aplicables a los servicios de la sociedad de la información. Dichas Directivas establecen ya un marco jurídico comunitario en materia de datos personales y, por tanto, no es necesario abordar este aspecto en la presente Directiva para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en particular la libre circulación de datos personales entre Estados miembros. La aplicación y ejecución de la presente Directiva debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios, la presente Directiva no puede evitar el uso anónimo de redes abiertas como Internet.”

¹² El Considerando 6 dispone al respecto: “La presente Directiva, al no tratar sino algunos puntos específicos que plantean problemas para el mercado interior, es plenamente coherente con la necesidad de respetar el principio de subsidiariedad de conformidad con el artículo 5 del Tratado.”

¹³ Entre otros, véase DE MIGUEL ASENSIO, 2001a, p. 3-40, párr. 16.

No obstante, la adopción de la norma del país de origen, la piedra angular de la Directiva, no implica, según su propio texto, la prescripción de normas de derecho internacional privado relativas a la ley aplicable al comercio electrónico.

Así lo dispone expresamente el artículo 1.4: “La presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia.”

Asimismo, refuerza esta disposición el considerando 23: “No es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia. Las disposiciones de la legislación aplicable determinada por las normas del Derecho internacional privado no podrán restringir la libre prestación de servicios de la sociedad de la información tal como se enuncia en la presente Directiva.”

El efecto de este principio consiste en que el Estado de destino de los servicios no puede, invocando sus normas imperativas o de aplicación necesaria, limitar la circulación de los servicios de la sociedad de la información conforme a las normas del Estado donde el prestador tiene su establecimiento. En definitiva, las partes son libres para elegir la ley aplicable a su contrato, dado que el principio del país de origen no es una regla de conflicto.¹⁴

Sin embargo, existe una ardua controversia acerca de si el artículo 3 de la Directiva impone una solución conflictual, que importaría la sustitución de las normas normalmente aplicables por la regla del país de origen.

Un sector significativo de la doctrina considera que, aunque la Directiva lo niega formalmente, en realidad incluye normas adicionales de Derecho Internacional Privado, en tanto especifica las normas internas imperativas que son susceptibles de derogar el principio de la libre circulación,

¹⁴ Prestigiosa doctrina ha manifestado que mientras que la Directiva no tiene prácticamente incidencia en el plano del Derecho Internacional Privado, incide poderosamente en el ámbito del Derecho Público de la Economía, suponiendo un quiebre del principio tradicional de territorialidad propio de dicha área. Cfr. CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2001, párr. 28 y ss.

modificando así una norma como el artículo 7 de la Convención de Roma (sustituido a partir de diciembre de 2009, por el Reglamento Roma I).¹⁵

Estas ambigüedades responden, según Draetta, al compromiso alcanzado entre dos tendencias opuestas al momento de elaborarse la Directiva: la que deseaba incluir normas de derecho internacional privado, y aquella que pretendía excluir toda referencia a ellas, que en buena medida es la que ha triunfado en el texto definitivo.¹⁶

Coincidimos con De Miguel Asensio, en tanto teniendo en cuenta de interpretación sistemática del principio de origen con lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Directiva, y el considerando 23, “lleva a entenderlo en el sentido de que impone no un mandato conflictual (que determina la ley normalmente aplicable) sino material. Esta interpretación se traduce en que los tribunales del Estado miembro que tengan competencia judicial internacional han de aplicar la ley designada conforme a las normas generales de Derecho Internacional Privado, si bien las disposiciones de ese ordenamiento serán desplazadas (por las del Estado miembro de establecimiento del prestador) en la medida en que su aplicación resulte contraria a las exigencias del Derecho comunitario, por imponer restricciones en el ámbito coordinado no previstas en el Estado miembro en el que está establecido el prestador (...) El principio del país de origen se desarrolla en el entorno comunitario fundamentalmente en el ámbito de la intervención administrativa con el objetivo de suprimir los obstáculos a las libertades comunitarias y no como criterio para determinar en su conjunto el régimen jurídico de relaciones privadas(...)”. “(L)a Directiva no implica por sí misma una modificación de amplio alcance del Derecho internacional privado, sino que fundamentalmente impone la necesidad de que en determinadas circunstancias y dentro del ámbito coordinado normas de la ley aplicable sean desplazadas por la del país de origen”¹⁷

g. Régimen de establecimiento e información del prestador de servicios

La Directiva define al prestador de servicios establecido como aquel “prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas

¹⁵ Cfr. DRAETTA, 2005, p. 77 y ss.

¹⁶ Cfr. DRAETTA, 2005, p. 80.

para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios” (artículo 2.c).

Dispone el Considerando 19, que se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino en el lugar donde se desarrolla la actividad económica. En el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cual de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular.

La noción de “establecimiento” en el marco de la Directiva, elige el criterio económico en disfavor del criterio tecnológico. Ello está estrechamente vinculado con el principio del control de los servicios de la sociedad de la información por el origen de la actividad. Según este principio, cada Estado debe procurar que los servicios de comercio electrónico, propuesto por un prestador de servicios establecido en su territorio, respeten las disposiciones nacionales en dicho Estado miembro.¹⁸

Por otro lado, a fin de que en la sociedad de la información tenga cumplimiento el principio de libertad de establecimiento, la Directiva determina el principio de no autorización previa para el establecimiento de los prestadores de servicios en tal entorno (artículo 4.1).

Esta prohibición no sólo comprende a los procedimientos formales que tengan por finalidad exigir una autorización previa, sino que también incluye cualquier otro tipo de medidas o requisitos

¹⁷ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, 2001a, p. 3-40, párrs. 23, 24 y 35.

¹⁸ Cfr. TILMAN y MONTERO, 2002, p. 1094.

que pudieran tener el mismo efecto, como por ejemplo “el requisito de esperar a recibir un acuse de recibo tras una declaración”.¹⁹

A su turno, el artículo 5 dispone la información mínima exigida a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (nombre, dirección geográfica, correo electrónico, número de registro si posee, entre otros) para que pueda ser accesible por los destinatarios y las autoridades competentes, destinada a establecer una relación entre el mundo virtual y el mundo real. Dicha información deberá: 1) ofrecerse en el servicio prestado en la sociedad de la información; 2) ser de sencilla y directa localización, y 3) estar permanentemente accesible.

A esta información, debe agregarse la exigida por las legislaciones internas de los Estados miembros y por la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

h. Régimen de las comunicaciones comerciales

La Sección 2 se ocupa de las comunicaciones comerciales, que son definidas como “todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas.”

El artículo 6 dispone las condiciones mínimas de las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen un servicio de la sociedad de la información, que los Estados miembros deben garantizar.

Por su parte, el artículo 7 regula las comunicaciones comerciales no solicitadas, conocidas con el nombre de *spamming*. Si bien la Directiva no la prohíbe, dispone que los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico garantizarán que dicha comunicación comercial facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción.

¹⁹ COM (98) 586 final, p. 23. Cfr. SALGADO SEGUÍN, 2002, p. 79.

Asimismo la norma comunitaria exige que los Estados miembros adopten medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria ("*opt-out*") en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales, y las respeten.

Al respecto, cabe señalar que ésta ha sido una de las normas más debatidas. La Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia propone dos técnicas: el "*opt – out*" (autoriza las comunicaciones comerciales en ausencia de oposición manifiesta del destinatario) y el "*opt – in*" (autoriza las comunicaciones comerciales a condición de que el destinatario del mensaje haya dado su consentimiento previo). La Directiva 31/2000/CE establece una obligación mínima adicional para los Estados que elijan la técnica "*opt – out*": garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria en las que se podrían inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales.²⁰

El artículo 8 establece que los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada, condicionado al cumplimiento de normas profesionales relativas, en particular, a la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas.

La Directiva promueve que las asociaciones y colegios profesionales establezcan códigos de conducta comunitarios para determinar los tipos de información que puedan facilitarse a efectos de comunicación comercial, con arreglo a las normas profesionales mencionadas.

La Comisión estima que entre los datos que se podrían regular se encuentran: la indicación de las especialidades, el señalamiento de las tarifas, ilustraciones, fotografías y logotipos, casos resueltos,

²⁰ Cfr. TILMAN y MONTERO, 2002, p. 1095.

con el acuerdo de los clientes, la cita de algunos de sus clientes y la valoración de los propios clientes por los servicios prestados.²¹

i. Disposiciones relativas a la contratación por vía electrónica

La Sección 3 regula los contratos por vía electrónica. El artículo 9.1 establece: “Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.”

En igual sentido, el Considerando 34 expresa que “todo Estado miembro debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos -y, especialmente, los requisitos formales- que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica. (...) El resultado de dicho ajuste debería hacer posibles la celebración de contratos por vía electrónica.”

Sin embargo, los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes por razones evidentes de interés público: a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.

A su turno, el artículo 10 establece una serie de garantías para la celebración de contratos por medios electrónicos. En tal sentido, dispone que los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así los acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido: a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato; b) si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible; c)

²¹ COM (98)586 final, p. 25.

los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido; d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

Los Estados miembros también deberán garantizar, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios indique los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y facilite información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos.

Asimismo, las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.

El prestador de servicios sólo quedará eximido de estas obligaciones por acuerdo de partes y siempre que sea un contrato entre profesionales.

Por otro lado, el artículo 11 señala que los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes: 1) el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, 2) se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.

Los Estados miembros también garantizarán que, excepto cuando así lo acuerden las partes que no son consumidores, el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido.

Tal como podemos apreciar, la Directiva ha renunciado a fijar el momento y el lugar en que se celebra el acuerdo de voluntades, limitándose a imponer al prestatario de servicios la obligación de acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica.

Acerca de la contratación internacional celebrada por medios electrónicos, cabe recordar que existen dos instrumentos comunitarios que no podemos dejar de mencionar.

Por un lado, el **Reglamento (CE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas, 2000)**, cuyo principio fundamental es que la jurisdicción competente es la del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad. El domicilio del demandado en este contexto es totalmente independiente de la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la Web así como de la situación de los ordenadores. Sin embargo, se ha destacado que este foro plantea una serie de inconvenientes en el ámbito del comercio electrónico. En primer lugar, la eventual falta de identificación de las partes, lo que hace imposible determinar en qué países están domiciliados. Sin embargo, esta primera dificultad puede ser superada a través del uso de dispositivos de seguridad (firma electrónica, entre otros), y en todo caso, siempre que se cumple con lo prescrito en el art. 5.1. de la Directiva 2000/31/CE que exige que los Estados miembros de la UE garanticen que el prestador de servicios indique, entre otros extremos, la dirección geográfica donde está establecido. El segundo problema está vinculado al denominado “domicilio aparente” con el que se identifica el contratante, diferente al domicilio real, situación frecuente en el contexto de Internet. Al respecto, la doctrina europea especializada ha manifestado que “A falta de reforma legal, el artículo 2 R.44/2001 debe reducirse *teleológicamente*: ante la apariencia creada por el demandado de que su domicilio está en un país, el demandante debe poder demandar en dicho país (país del *domicilio ficticio*), así como en el país del *domicilio real*”.²² Finalmente, otro posible inconveniente surge porque el domicilio del demandado en el marco del Reglamento sólo opera en el momento de presentación de la demanda, lo que habilita la posibilidad de comportamiento oportunistas del demandado que puede trasladarse a un país no sujeto al Reglamento, luego de haber contratado, pero antes de iniciada la demanda.

Respecto de la jurisdicción especial contractual, cabe señalar que está determinada según el Reglamento por el lugar de cumplimiento de la obligación que sirviese de base a la demanda (art. 5.1.a). Sin embargo, en el contexto del comercio electrónico, este artículo ha sido objeto de críticas dada la dificultad en determinar el lugar de ejecución de las obligaciones que se llevan a cabo en el

²² Cfr. CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2001, párr. 39.

ciberspacio, así como para clasificar al objeto de intercambio electrónico en la categoría de bienes o en la de servicios. Tal como sabemos, en los supuestos de comercio electrónico indirecto, los problemas que pudieran surgir, en todo caso, son idénticos a los que se presentan en el comercio internacional tradicional. En cambio, cuando no sólo la celebración, sino también el cumplimiento del contrato se realiza *on line* (comercio electrónico directo), no es sencillo identificar el lugar físico de ejecución de las obligaciones. La doctrina especializada, analizando la pertinencia del Reglamento al comercio electrónico, entiende que en estos supuestos, se trata de una obligación de puesta a disposición o de remisión, pues quien presta los servicios o transmite los bienes digitales se limita normalmente a hacer posible que el cliente pueda acceder al sistema en el que se almacena la información requerida y consultarla o incluso obtener una copia mediante la transmisión a la memoria de su computadora. Por ende, el lugar de cumplimiento de tales obligaciones sería allí donde se pone a disposición del cliente la información buscada, es decir, en el lugar donde se encuentra el sistema que almacena los datos que son objeto del contrato²³, que coincidiría con el país de situación del servidor. En consecuencia, serían competentes tribunales imprevisibles para las partes, dado que la situación del servidor puede ser totalmente desconocida por ellas, e incluso, no tener ningún vínculo con la relación jurídica contractual. Ante tales dificultades, se ha sugerido que las reglas del artículo 5.1 del Reglamento no sean aplicadas a aquellos contratos que se concluyen y se ejecutan *on line*, sino que éstos justificarían la elaboración de una norma especial, que debería contemplar una presunción *iuris tantum* sobre el lugar de ejecución, tal como contiene la Ley Modelo UNCITRAL y la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas.²⁴

En semejante postura, se encuentran, entre otros, Calvo Caravaca y Carrascosa González quienes afirman que ante tales contratos, debe buscarse una “solución de sustitución”. Consideran que, salvo que las partes hayan designado el lugar de cumplimiento de la entrega o de la prestación del servicio, “parece más adecuado concebir *como lugar de ejecución ficticio* de la obligación, el país de la *sede o residencia habitual* del prestador del producto o servicio, presumiendo que la entrega se

²³ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, 2001b, p. 425.

²⁴ Cfr. IEZZI, 2005, p. 96.

realiza en dicho país... La identificación geográfica de las partes será vital para que esta solución pueda ser satisfactoria.”²⁵

El Reglamento prevé disposiciones especiales sobre la competencia relativa a los contratos celebrados por los consumidores, a fin de brindar protección especial a la “parte débil” de la relación jurídica. El consumidor sólo goza de protección si el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro en cuyo territorio tenga domicilio el consumidor (criterio *Doing Business* o *Mercado natural del empresario*) o, alternativamente, por cualquier medio, dirige estas actividades hacia dicho Estado miembro (criterio *Stream-of-Commerce* o *Mercado de conquista*).²⁶ En cambio, cuando es el consumidor quien se desplaza al país donde opera normalmente el empresario (consumidor activo), no se aplica la protección del artículo 15. El consumidor, entonces, no podrá demandar en el país de su domicilio, ya que el empresario no penetró en su mercado.

En suma, la eliminación en el artículo 15 del Reglamento del requisito exigido en el artículo 13 del Convenio de Bruselas relativo a que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio los actos necesarios para la celebración del contrato, está vinculada a la dificultad para localizar esos actos en la contratación electrónica.²⁷ Sin embargo, la nueva redacción de esta norma, para adaptarla al comercio electrónico, inquieta a las empresas que desean participar en el comercio electrónico dado que se verán obligadas a especificar que sus productos o servicios no se encuentran a disposición de consumidores domiciliados en ciertos Estados miembros, si no desean someterse a eventuales juicios en todos ellos.²⁸

Finalmente, este Reglamento prevé varios requisitos respecto al acuerdo de elección de foro: 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. Evidentemente, frente a la contratación en Internet, la cuestión más problemática que plantea el acuerdo de elección de foro está relacionada con la forma exigida: que sea “por escrito”. En virtud de ello, para salvar dicho

²⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2001, párr. 53.

²⁶ Sobre el art. 15.1.c), la doctrina sostiene que es una “norma de transacción”, que trata de proteger y de impulsar el e-commerce Business – to – Consumer. Ver CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2001, párr. 102.

²⁷ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, 2001b, p. 443.

obstáculo formal, el artículo 23. 2 del Reglamento establece que: “se considerara hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

Por otro lado, merece especial mención el reciente **Reglamento (CE) N° 593 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)**, que sustituye al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros.

La nueva norma comunitaria reproduce en gran medida las disposiciones del Convenio de Roma.²⁹ Su adaptación al entorno de Internet para determinar la ley aplicable a los contratos que se celebran por medios electrónicos, se debe, según la doctrina especializada precisamente a la adopción de criterios flexibles basados en el principio de proximidad entre el contrato y un determinado ordenamiento jurídico, que permiten un margen de apreciación significativo al juez para tomar en consideración las circunstancias del caso, aún cuando está unido a un riesgo de inseguridad jurídica dado que no existen pautas consolidadas para su interpretación en el marco de la contratación electrónica.³⁰ Según De Miguel Asensio, la determinación de cuál es la prestación más característica del contrato no se vería afectada por el empleo de Internet como medio para la celebración del contrato ni para su ejecución. Expresa el autor: “también cuando los contratos se forman y ejecutan por Internet, la parte que realiza la prestación característica en la compraventa es el vendedor y en los contratos de prestación de servicios quien los facilita. Con carácter general, prestación característica la realiza quien suministra información a terceros a través de la Red, quien permite la utilización de la información contenida en sus bases de datos, quien cede derechos de explotación de obras protegidas por la propiedad intelectual, o quien presta otros servicios relacionados con la sociedad de la información.”³¹

Si bien el nuevo Reglamento no contiene normas específicamente destinadas a los contratos celebrados a través de medios electrónicos, en materia de contratos de consumo (artículo 6) según el

²⁸ Cfr. IEZZI, 2005, ps. 112 – 113.

²⁹ En términos generales, una de las diferencias más significativas está relacionada a las reglas para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes. De acuerdo al artículo 4 del Reglamento, a diferencia del Convenio, en defecto de elección de ley (principio rector), la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para cada tipo particular de contrato.

³⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, 2001b, p. 462.

Considerando 24, deja constancia que resulta necesario tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. Asimismo, invoca la exigencia de coherencia con el Reglamento (CE) N° 44/2001. Por ende, se refiere a la “actividad dirigida” como condición para aplicar la norma protectora del consumidor. Este concepto debe ser objeto de una interpretación armoniosa en ambos Reglamentos. En este sentido, recordemos que una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) N° 44/2001 especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable “no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades”. Esta declaración aclara también que “el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”.

Por ende, en el reciente Reglamento, de acuerdo a su artículo 6, el ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el artículo 15 del Reglamento de Bruselas. Y eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

j. Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios

La Sección 4 se dedica a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, en los casos que cometan actos ilícitos. Dada la dificultad en identificar y perseguir a los autores, algunas legislaciones estatales han optado por responsabilizar a los operadores de telecomunicaciones o proveedores de Internet, que dieron el soporte a los hechos ilícitos, imponiendo una obligación de

³¹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, 2001b, ps. 472 – 473.

contralor sobre la información que transmiten o almacenan. Sin embargo, esta situación afecta al mercado interior puesto que estimula la localización de los prestadores de servicios en el Estado que tenga un régimen jurídico menos exigente en esta materia. De allí, la necesidad de armonizar esta delicada cuestión, sin afectar las normas sustantivas nacionales que determinarán en última instancia las condiciones y cuantía de tales responsabilidades, en base a las pautas indicadas por la norma comunitaria.

El artículo 15 establece como principio general la inexistencia de obligación general de supervisión en estos términos: “1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.”

La Directiva distingue tres categorías de servicios de transmisión de información por parte de los intermediarios: el mero transporte de la información, el almacenamiento temporal de datos o *caching* y el alojamiento de información. En cada caso establece las condiciones para que el intermediario quede eximido de responsabilidad por los datos transmitidos.

III. EL CASO DEL MERCOSUR

A. Desarrollos legislativos en los Estados Miembros

En líneas generales, se puede afirmar que ninguno de los países miembros del Mercosur cuenta con una normativa global sobre el comercio electrónico. En cambio, encontramos normas que tratan aspectos particulares, como por ejemplo, el uso de la forma digital.

La República Argentina carece al presente, de una normativa jurídica orgánica con relación al comercio electrónico. Sin embargo, cuenta con normas sobre aspectos en particular como: 1) libertad de contenidos (Decreto 1279/97 y Ley 26032 del 16.06.2005); 2) firma digital (principalmente, Ley 25506 de Firma Digital y Decreto 2628/2002) 3) dominios de Internet (Resolución 2226/2000 - MRE - Registro Dominio Internet, Acta de Modificación Reglas NIC-Argentina del 29.10.2001); 4)

Proveedores de Servicios de Internet (Ley 25.690 – Obligaciones de las Empresas ISP de ofrecer software de protección que impida al acceso a sitios específicos, Ley 25873 - Sobre prestadores de servicios de telecomunicación), 5) protección del consumidor (Resolución 104/05 - SCT - Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación - que incorpora la Resolución MERCOSUR relativa al Derecho de Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales efectuadas a través de Internet); contrataciones públicas electrónicas (Decreto 1023/01) y 6) delitos informáticos (Modificaciones aprobadas por ley al Código Penal el 4 de junio 2008), entre otras.

Por su parte, Brasil ha sancionado normas específicas sobre firma digital, nombres de dominio, sobre protección de la propiedad intelectual de los programas de computación, sobre competencia del sector de tecnología de información, sobre informatización del proceso judicial, entre otras.

A su turno, Paraguay no tiene normas concretas sobre comercio electrónico. Sin embargo, vinculadas a la materia, están en vigor las siguientes leyes: Ley de Defensa del Consumidor, Leyes de Defensa de la Propiedad Intelectual, Ley de Telecomunicaciones que regula la infraestructura de internet, no los contenidos, Ley de Bancos y Entidades financieras, que regula las operaciones financieras de todo tipo, Ley de Ciencias y Tecnologías, Ley de Protección de datos.

En Uruguay, encontramos en vigor la Ley 16.002 de 25 de noviembre de 1988 sobre Documento electrónico, la Ley 16.736 de 5 de enero de 1996 y el Decreto 65/98 sobre Expediente electrónico, 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 (Publicada en el D.O. N° 22.554 del 6 de julio 2.000 - Sistema informático del Estado. Expediente electrónico. Firma electrónica y digital), la Ley 17.250 que regula las relaciones de consumo y en cuyo artículo 16 menciona entre los medios de realizar la oferta de productos o servicios, la que "se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar", la Ley 17.296 de 2001, que crea la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicaciones y el Decreto 382/2003 sobre firma digital de 17 de septiembre de 2003.

B. Labor del Subgrupo de Trabajo N° 13 sobre Comercio Electrónico

a. Antecedentes

En junio de 2000, en la XXXVIII Reunión ordinaria del Grupo Mercado Común (GMC) celebrada en Buenos Aires, y a propuesta de la Argentina, fue creado el Grupo “ad hoc” sobre Comercio Electrónico, como foro dependiente del GMC.

Se fundamentó esta decisión “en que el intenso desarrollo de la tecnología y de la informática, en particular, durante las últimas décadas, habían producido cambios muy importantes en el mundo del nuevo milenio, dando surgimiento a una nueva economía de tipo digital, pasando el comercio electrónico a convertirse en uno de los temas clave del comercio internacional”.³²

En el primer semestre del 2001 se elaboraron las pautas y programa de trabajo, los que fueron aprobadas por el GMC en junio de dicho año, y en el segundo semestre se preparó el programa de trabajo y se seleccionaron los temas de interés.

Durante el año 2002, comenzaron los trabajos sobre firma digital y protección al consumidor.

b. Conformación y funciones del SGT 13

Cada sección nacional del SGT 13 está conformada por representantes del sector público, el sector privado y la coordinación se encuentra a cargo de los Ministerios de Relaciones Exteriores. En el caso de la República Argentina, la coordinación es ejercida por la Dirección de Asuntos Económicos y Comerciales del Mercosur, de Cancillería. A su turno, el sector público está representado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección nacional de datos personales), por la Secretaría de Comunicaciones, por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, y por la Secretaría de Ciencia, Técnica e Innovación Tecnológica. Y el sector privado es convocado para coadyuvar al mejor tratamiento de los temas de la agenda.

Las funciones del SGT 13 son: a) Contribuir al mejoramiento del marco jurídico, fiscal, de medios de pago e infraestructura, necesario para el rápido desarrollo intrazona del comercio

³² Cfr. CERDEIRA, 2006, p. 283.

electrónico, b) Coordinar las posiciones nacionales, fortaleciendo el relacionamiento externo del bloque en esta materia.

c. Principales Normas Mercosur aprobadas en materia de comercio electrónico

Entre los temas de la agenda que han tenido un desarrollo normativo en el seno del SGT 13, merecen destacarse las siguientes resoluciones:

- MERCOSUR/GMC / Res. N° 21/04 sobre Derecho a la Información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet.
- MERCOSUR/GMC / Res N° 22/04 sobre Certificación electrónica en el ámbito de la Secretaría del Mercosur.
- MERCOSUR/ GMC EXT./Res. N° 34/06 - Directrices para la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo de firmas electrónicas avanzadas en el ámbito del MERCOSUR.
- MERCOSUR/ GMC EXT./Res. N° 37/06 - Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR.

Cabe señalar, por otra parte, que en diversos protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Mercosur, se ha incluido la utilización de medios electrónicos. Por ejemplo, en el Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales, suscripto entre los Estados partes del Mercosur, en San Luis, en 1996, y en el Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales, suscripto por los países del Mercosur y con los Asociados, Chile y Bolivia, de 2001, se incorporan los nuevos medios de comunicación en el artículo 6.2, cuando hace referencia a que la solicitud de asistencia podrá formularse por telex, facsímil, correo electrónico o similares, sin perjuicio de tener que ser confirmadas posteriormente por documento original.

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscripto por los Estados miembros del Mercosur, en vigor, y el Acuerdo sobre la misma materia, suscripto con los Estados Asociados Bolivia y Chile, ambos de 1998, disponen que la convención arbitral podrá instrumentarse a través del intercambio de comunicaciones por telefax, correo electrónico o medio equivalente, sin perjuicio de exigirse su confirmación posterior por documento original (art. 6.3).

Asimismo, el Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados partes del Mercosur, y el Acuerdo espejo con Bolivia y Chile, de 2004 establecen en su respectivo artículo 15 que: “Sin perjuicio del envío de la documentación autógrafa correspondiente, las Autoridades Centrales de los Estados parte podrán cooperar en la medida de sus posibilidades, mediante la utilización de medios electrónicos o cualquier otro, que permita una mejor y más ágil comunicación entre ellos”.

Por su parte, por la Resolución del Grupo Mercado Común GMC/RES. N° 18/08 fue aprobado el Convenio de financiación para el Proyecto “Apoyo a la Sociedad de la Información del Mercosur” DCI-ALA /2006/18-558.

Así, en septiembre de 2009, se lanzó el proyecto “Mercosur Digital”, a través del cual la Unión Europea apoyará a los países del Mercosur en la promoción de la Sociedad de la Información y la reducción de la brecha digital en la región.³³

La iniciativa, enmarcada en la estrategia regional 2004-2006 de la Unión y el Mercosur, pretende que los países del bloque emprendan políticas comunes en materia de las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) y favorezcan su uso competitivo en los sectores público y privado, así como en la sociedad civil. El proyecto incluye la formación y capacitación de recursos humanos a través de una Escuela Virtual para la Sociedad de la Información. Asimismo, plantea la promoción del comercio electrónico mediante la creación de un marco normativo común y la puesta en marcha de una plataforma de comercio virtual para las pequeñas y medianas empresas del Mercosur.

IV.A MODO DE COLOFÓN

Internet, la web, el espacio virtual, el mundo cibernético constituye un escenario novedoso, inusitado, asombroso, que origina múltiples oportunidades a quienes desean operar en él. Sin embargo, a la vez, trae consigo una gran incertidumbre jurídica, que conspira en gran medida con su pleno despliegue y evolución.

³³ <http://www.mercosurdigital.org/proyecto/>

Los operadores del Derecho, legisladores, jueces, abogados, asesores legales, docentes e investigadores tienen ante sí un desafío importante: crear, evaluar y aplicar reglas jurídicas idóneas para este nuevo ámbito, que, en definitiva, fue creado por el propio hombre. En el seno de los procesos de integración regional, los Estados deben asumir también ese reto.

Tal como hemos podido percibir a través del recorrido realizado en este trabajo, la tarea ha sido desempeñada de modo muy diverso en la Unión Europea y en el Mercosur, el distinto grado de compromiso alcanzado evidencia, una vez más, corrobora, en una nueva oportunidad, el abismo existente entre ambos esquemas.

Sin embargo, en el ámbito regional del Mercosur, el comercio electrónico constituye, a nuestro criterio, un área pertinente para su armonización legislativa con miras al fortalecimiento del mercado común, en los términos del artículo 1° del Tratado de Asunción, tal como lo advirtió, salvando las distancias, hace ya una década la Unión Europea. No obstante, en nuestra región no contamos aún con una adecuada legislación que dote de seguridad jurídica a las transacciones celebradas por medios digitales y sirva de instrumento para resolver las eventuales controversias, situación que no permite que se aprovechen las posibilidades que el comercio electrónico brinda como alternativa para el incremento de la circulación de bienes, servicios, capitales, y personas, y como recurso estratégico adicional para el crecimiento integrado de los Estados que conforman el espacio.

El Derecho una vez más es convocado para ponerse al servicio de la realidad. Es la herramienta, por excelencia, con las que contamos para encausar, conciliar los intereses en juego y alcanzar la mentada seguridad jurídica en un espacio integrado como el MERCOSUR. Sólo hace falta que el Derecho y sus creadores y operadores asuman esta responsabilidad, este compromiso que no es ni más ni menos que su razón de ser.

Sin embargo, tal decisión depende, en última instancia de la voluntad política de los Estados Miembros del MERCOSUR, que guiada por múltiples factores, intereses y valoraciones brinde renovado impulso a nuestro proyecto de integración o, por el contrario, lo deje sumergirse en las aguas de la irrelevancia.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLARINO, Tito (2006), “Unificación de las normas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación en reglamento del Convenio de Roma de 1980”, en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, ps 331-344.
- BARRIOS, Rosa Viviana (2003), “Ley 34/2002, del 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico en España”, en *ED* t.201-846.
- BASZ, Victoria (2000), "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 187 y ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2001), *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid.
- CERDEIRA, Juan José (2006), “El comercio y los medios electrónicos en el marco del MERCOSUR”, en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Ed. Zavalía – Fundação Boiteux, Brasil, ps. 283 y ss.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (1997), “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 2, p. 418 y ss.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2001a), “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, en *Revista de la contratación electrónica*, N° 20, octubre de 2001, ps. 3-40.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, (2001b), *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid.
- DRAETTA, Ugo (2005), “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos (1999), "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa", en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, p. 483 y ss.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia (1999), "El Derecho internacional Privado y los Procesos de Integración Regional", en *Revista Síntesis Forense del Colegio de Abogados de San Isidro* N° 85, agosto de 1999, p. 21 y ss.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia (2000), "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 201 y ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2000), “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, en *Iberoamérica ante los procesos de integración*. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE.
- IEZZI, María Verónica (2005), *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- LEIBLE, Stefan (2006), “La propuesta para un reglamento Roma I: Algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, ps. 541-568.
- SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto (2002), “La Directiva europea sobre el comercio electrónico en Internet”, en *Derecho y Tecnología* N° 1/2002, p. 79 y ss.
- TILMAN, Vincent y MONTERO, Etienne (2002), "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1094.

