

TÉRMINOS Y CONDICIONES DE CONTRATACIÓN WEB: CONCEPTUALIZACIÓN, LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE¹

TERMS AND CONDITIONS OF WEB CONTRACTING:
CONCEPTUALIZATION, APPLICABLE LAW AND COMPETENT JURISDICTION

Por *Nicolás Dichiachio* (*)
Juan Cruz Pettinari (**)

Resumen: Se conceptualizan y caracterizan los “Términos y Condiciones” de contratación web, se los categoriza de acuerdo a su mecánica de ejecución (shrinkwrap, clickwrap, browsewrap) y se exponen distintos *leading cases* estadounidenses relativos a la materia. Seguidamente, se analizan diversas soluciones de derecho aplicable y jurisdicción competente, tanto de fuente convencional como de fuente interna (Directiva 2000/31 de la Unión Europea, Resolución 37/2019 y Protocolo de Santa María del MERCOSUR, UCITA de Estados Unidos, Código Civil y Comercial argentino). Se pondera el rol de la autonomía de la voluntad de las partes en este tipo de contratos.

Palabras claves: Contratos - contratación electrónica - derecho aplicable - jurisdicción competente - autonomía de la voluntad.

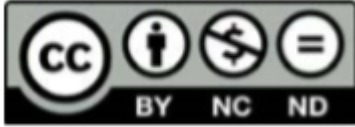
Abstract: The “Terms and Conditions” of web trading are conceptualized and characterized, which also are categorized according to their execution mechanisms (shrinkwrap, clickwrap, browsewrap) and different American leading cases are exposed, which are related to the subject. Next, diverse solutions regarding the applicable law and the competent jurisdiction are analyzed, both of conventional source and national source (European Union 2000/31 Directive, MERCOSUR 37/2019 Resolution and Santa María Protocol, U.S. UCITA, argentinian Civil and Commercial Code). The role of the party autonomy in this type of contracts is weighed.

Keywords: Contract - electronic trading - applicable law - competent jurisdiction - party autonomy.

¹ Artículo recibido el 9 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 3 de mayo de 2021.

(*) Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de la Sala de Derecho Internacional Privado Werner Goldschmidt de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UCC.

(**) Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Universitario para el Tercer Ciclo de la EGB, Polimodal y Educación Superior. Egresado de la Facultad de Educación de la Universidad Católica de Córdoba. Adscripto en la Cátedra de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Docente en la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Secretario Académico de la Sala de Argumentación y Razonamiento de Estudios Jurídicos, del Colegio de Abogados de Córdoba. Miembro de la Sala de Derecho Internacional Privado Werner Goldschmidt de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- UCC.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. ©
Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(3\)04](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(3)04)

I.- CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

I.A. Términos y Condiciones.

Al momento de ingresar en una página web, el propietario de la misma determina las condiciones en que el usuario puede hacer uso de ese espacio bajo una modalidad de contratación electrónica. Como consecuencia, es probable que el usuario de una página web encuentre “links” a los “Términos de uso” y “Términos y condiciones de venta”.

Normalmente se denominan a estas disposiciones como “Términos y condiciones de uso”, “Información legal”, “Disposiciones legales”, “Descargo de responsabilidad”, “Condiciones de uso”, “Condiciones generales y responsabilidad”, “Reglas de uso”, “Terms of use”, “Aviso con respecto del uso del contenido”, “Aviso legal”, “Disclaimer”, “Acuerdo legal”, “Legal information”².

Es menester que para que dichos términos y condiciones sean parte de los contratos y, en consecuencia, vinculantes para las partes, sean de fácil acceso y conocimiento previo por parte del usuario. Dependiendo la modalidad en que se manifiesten estos términos y condiciones, estaremos haciendo referencia a los contratos de clickwrap, shrinkwrap o browsewrap. Estos adquieren mayor incidencia en las páginas web. Estos contratos tienen en común ser contratos de adhesión, toda vez que el empresario ya tiene preestablecida una propuesta y el usuario se limitará a aceptarla o rechazarla³. En los renglones siguientes haremos una breve descripción de cada uno de ellos, así como una pequeña reseña de la jurisprudencia relevante sobre el tema.

I.B. Contrato de Shrinkwrap

² ACUÑA NAVAS, ADRIANA y CORDERO ESQUIVEL, EUGENIO; “Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browsewrap: Un enfoque desde la perspectiva del Derecho del Consumidor”; 2014; p. 122.

³ POLANCO, H. A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “Formación del consentimiento en la contratación electrónica”; *op. cit.*, p. 122.

Los acuerdos de shrinkwrap son contratos en los cuales la aceptación de los términos y condiciones por parte del usuario se tiene por otorgada, ya sea al abrir el paquete del software, por usar el software, o por algún otro mecanismo específico⁴.

Así, el origen de este contrato se remonta a “(...) la necesidad de distribuir licencias de software masivamente al mercado comercial, por parte, de las empresas de comercialización y desarrollo de software, (...)”⁵.

Las licencias shrinkwrap se insertan dentro de los paquetes de programas de computación de venta masiva y por lo general envuelven las bolsas que contienen los discos. Dichas licencias se utilizan como instrumentos de control sobre la reproducción y distribución de copias del programa protegido, y como elementos que registran su decompilación y la exigibilidad de garantías por defectos del producto.

Si bien estos contratos se utilizaron en sus inicios para comercializar licencias de software, su uso se ha extendido al mercadeo en masa, a la distribución de software en línea y a la compra de tiquetes aéreos, tiquetes para conciertos y para eventos deportivos, en los cuales el comprador paga por adelantado y recibe los tiquetes con las condiciones incluidas⁶.

Típicamente, incluyen un aviso diciendo que al abrir el envoltorio, el comprador acepta los términos y condiciones contenidos dentro del paquete. Estos contratos incluyen disposiciones, tales como cláusulas de arbitraje, cláusulas de ley aplicable, cláusulas de elección de jurisdicción, descargos de responsabilidad, limitaciones a la garantía, limitación de las indemnizaciones. La mayor crítica a estos contratos es que, en caso de reputarse válidos, el consumidor quedará sujeto a términos y condiciones desconocidos al momento de celebración el contrato⁷.

Ahora bien, se ha dicho que “es probable que, en lo atinente a la provisión de software, el tema concreto del shrinkwrap pierda vigencia, ya que el software standard

⁴ HAYES, D. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and OffLine”; *op. cit.*; p. 123.

⁵ RAMOS, L.G. y SING, H. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “Los Nuevos Contratos Electrónicos y sus Efectos en la Teoría General de los Contratos”; *op. cit.*; p. 123.

⁶ DAVIDSON, A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “The Law of Electronic Commerce”; *op. cit.*; p. 124.

⁷ DAVIDSON, A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; *op. cit.*; *op. cit.*; p. 124.

en forma habitual es adquirido directamente por Internet y descargado online a la computadora”⁸.

En virtud de lo anterior, actualmente muchas veces el software es adquirido directamente a través de Internet, sin que le llegue al consumidor un paquete con un envoltorio transparente, en el que se incluya la licencia. Se podría incluso decir que el contrato de shrinkwrap, al menos en estos casos, pasa a tener las características de un contrato de clickwrap, el cual se explicará en el siguiente punto.

I.C. Contrato de Clickwrap

De acuerdo con Polanco⁹, algunas páginas web se estructuran de manera tal que el propietario da a conocer los términos y condiciones generales del contrato, e incluye un botón o ícono mediante el cual se confirma la aceptación. En el derecho anglosajón, estos contratos se conocen como “clickwrap agreements”.

Así, siguiendo a Alan Davidson¹⁰, se puede afirmar que se está en presencia de un método de inclusión de términos y condiciones bajo un contrato en línea. Son, como se adelantó ab initio, contratos de adhesión, en los que las cláusulas que contienen los términos y condiciones resultan predispuestas, sin existir posibilidad de negociación en cabeza del usuario. El usuario acepta el contrato o lo rechaza.

El consentimiento se puede dar de dos maneras: (i) digitando “acepto” o “sí” y haciendo click en el botón de enviar; o bien (ii) únicamente haciendo clicks para manifestar el consentimiento¹¹.

I.D. Contrato de Browsewrap

En este tipo de contrato electrónico, no se requiere al usuario hacer click para aceptar los términos y condiciones de la compra. Los comerciantes o proveedores

⁸ RAMOS, L.G. y SING, H. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit.; p. 123.

⁹ POLANCO, H. A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit., p. 129.

¹⁰ DAVIDSON, A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit.; p. 129.

¹¹ DAVIDSON, A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit.; p. 129.

del servicio digital proponen que, al navegar en la página web, el usuario se encuentra vinculado a un contrato que no necesariamente se encuentra en la misma página.

La idea que subyace es que por el sólo hecho de navegar en la página, el usuario está inmerso en un contrato. Estos contratos pretenden convertirse en vinculantes contra cualquier persona que utiliza el sitio web, sin que sea necesario presentarle los términos y condiciones, antes o después de navegar en la página. Estos términos y condiciones pueden presentarse con diferentes grados de notoriedad: pueden estar ocultos o escondidos, mientras otros se encuentran clara y obviamente estipulados mediante la inclusión de un link en la página principal, o incluso en diferentes partes de la página web¹².

De acuerdo con Polanco¹³, la forma más recurrente que se presenta en la contratación electrónica corresponde a los contratos de browsewrap, mediante los cuales se pretende que con sólo el hecho de que el usuario acceda a la página web se encuentra obligado por los términos y condiciones.

Existe otra forma en la que el contrato de browsewrap se puede presentar a los consumidores, y tal vez la que más interesa a efectos de este análisis. Así, de acuerdo con Davidson¹⁴, este tipo de browsewrap se da cuando el vendedor otorga al usuario la oportunidad de buscar los términos y condiciones, pero no será necesario leerlos para acceder al producto. El vendedor solamente coloca un link a los términos y condiciones, siendo opcional para el consumidor acceder a su lectura o no.

I.E. Jurisprudencia Relevante

A los fines de hacer una reseña respecto a la validez de las modalidades de contratos electrónicos desarrolladas previamente, tomaremos distintos leading cases dictados en tribunales de los Estados Unidos de América.

¹² PRESTON, C.B. y MCCANN, E.W. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps, and Browsewraps: How the Law went Wrong from Horse Traders to the Law of the Horse”; *op. cit.*, p. 137.

¹³ POLANCO, H. A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; *op. cit.*; *op. cit.*, p. 137.

¹⁴ DAVIDSON, A. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; *op. cit.*; *op. cit.*; p. 138.

En dicho país, se han resuelto casos importantes en relación con la exigibilidad de los contratos shrinkwrap. El caso más famoso es “*ProCD, Inc. contra Zeidenberg*”, de 1996, en el que se determinó que las licencias de shrinkwrap son una forma de contratar plenamente válida, caracterizada por pagar primero (pay-first), y luego tener acceso a los términos y condiciones (terms-later)¹⁵. En este caso, el contrato de licencia en cuestión estaba impreso en el manual de usuario, en el CD, y se mostraba cada vez que el programa se empezaba a utilizar. Así, la corte determinó que el usuario, Zeidenberg, había aceptado los términos de la licencia al utilizar el software.

En cuanto a los contratos de clickwrap, el primer caso en Estados Unidos que determinó que los mismos eran vinculantes para las partes es el caso de “*Hotmail contra Van\$ Money Pie*”. El demandado, Van\$ Money Pie, se dedicaba al negocio de enviar miles de correos no deseados o spam promocionando productos, tales como pornografía. Para ello, el demandado creó múltiples cuentas en Hotmail con el fin de recibir las respuestas y los correos que rebotaban.

Antes de poder abrir estas cuentas, el demandado tuvo que aceptar los términos y condiciones del contrato de clickwrap que ofreció Hotmail. Las cláusulas incluían la prohibición a los usuarios de enviar correos no deseados y materiales obscenos y pornográficos. Con base en los hechos y la prueba correspondiente, el tribunal determinó que Hotmail probablemente iba a prevalecer en caso de un incumplimiento del contrato. Sin embargo, no hubo mayor discusión sobre la modalidad del consentimiento o la exigibilidad del contrato¹⁶.

Otro precedente que trató la temática fue resuelto por la Corte Superior de Rhode Island en el caso “*Groff contra AOL*”, en el que se falló de manera similar, arribando a la misma conclusión que el fallo anterior. En este caso, la causa de la disputa fue que los términos y condiciones del contrato contenían una cláusula de selección de foro, determinando que, en caso de disputa, la legislación aplicable era la de Virginia y por consiguiente, eran las cortes de ese estado las competentes. Durante la instalación

¹⁵ DAVIS, N.J. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “Presumed Assent: The judicial acceptance of clickwrap”; *op. cit.*; p. 125.

¹⁶ DAVIS, N.J. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; *op. cit.*; *op. cit.*; p. 130.

del software de AOL y la misma suscripción al servidor en línea de AOL, los términos y condiciones se le presentaban al usuario, debiendo éste seleccionar entre “Acepto” y “No acepto”. El usuario no podía avanzar y adquirir los servicios hasta que presionara el botón de “Acepto” y así lo hizo¹⁷.

En este último caso, la corte no abordó la naturaleza de la contratación en línea. Por el contrario, determinó que la cláusula de elección de foro era aplicable bajo la guía de la jurisprudencia relativa a los contratos tradicionales que contienen tal cláusula. Examinando el caso, el tribunal entendió que el actor, un abogado de 30 años de Rhode Island, debió saber que estaba aceptando un contrato vinculante, y no aportó ningún argumento válido para justificar no haber visto, leído o aceptado los términos y condiciones. La corte sostuvo que el actor tuvo la opción de no aceptar los términos y condiciones, pero en cambio, firmó de manera efectiva el acuerdo al darle click al botón de “Yo acepto”, no una vez, sino dos veces, y por lo tanto, no podía alegar que desconocimiento de los términos y condiciones¹⁸.

En los dos casos expuestos, los tribunales se remitieron a doctrinas contractuales clásicas para determinar la exigibilidad de los contratos en cuestión, sin mostrar demasiado interés en las peculiaridades del clickwrap¹⁹.

Por último, en lo que respecta a los contratos de browsewrap, la Corte de Apelaciones de Illinois resolvió el caso “*Hubbert contra Dell Corp*”, en el que la actora había comprado computadores Dell por medio de Internet. Cada uno de los formularios en línea que el comprador debía llenar, contenía un hipervínculo que dirigía a los términos y condiciones de la compra venta que se efectuaba. En dichos términos se incluía una cláusula de arbitraje que establecía la obligatoriedad de utilizar dicho proceso de resolución de conflictos al demandar a Dell. Al resultar demandada, la empresa presentó una moción para obligar a que la disputa se resolviera por medio de arbitraje. La corte de primera instancia denegó la moción presentada por Dell indicando que la cláusula de arbitraje nunca fue parte del contrato. Dell procedió a presentar la apelación

¹⁷ DAVIS, N.J. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit.; p. 131.

¹⁸ DAVIS, N.J. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit.; p. 131.

¹⁹ DAVIS, N.J. en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; op. cit.; op. cit.; p. 132.

correspondiente y el tribunal de alzada determinó que el a quo yerró al indicar que la cláusula de arbitraje no era efectiva. La Corte de Apelaciones indicó que los hipervínculos que contenían los términos y condiciones constituían suficiente notificación para la parte actora y, por lo tanto, estos resultaban vinculantes. La Corte indicó que dichos hipervínculos se encontraban en diferentes páginas, por lo que Hubbert necesariamente tuvo que tener acceso a ellos al ordenar los productos.

De igual manera, las páginas de mercadeo de Dell contenían dichos links. En virtud de lo anterior, la actora se vio obligada por la cláusula de arbitraje²⁰.

II.- LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

En materia contractual, aplicable también a la modalidad de contratación electrónica, rige el principio de la autonomía de la voluntad. Como consecuencia del mismo, resulta aplicable el principio de libertad contractual, que implica: (i) libertad para elegir al co-contratante; (ii) libertad para elegir el objeto del contrato y la manera como deberán ejecutarse las prestaciones; (iii) libertad para determinar el precio o valor económico de las prestaciones; y (iv) equilibrio de las posiciones de ambas partes y de sus prestaciones, en el sentido de que deben respetarse los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad, y proporcionalidad. Es decir, que las obligaciones deben ser razonablemente equivalentes entre sí y proporcionales a la naturaleza, objeto y fines del contrato.

De esta manera, es posible concluir que las partes pueden convenir libremente en utilizar o no medios electrónicos para contratar. Sin embargo, la virtualidad del contrato electrónico, y la deslocalización que trae aparejada la celebración del mismo en el ámbito del Internet, hacen que resulte sumamente complicado la aplicación de un derecho estatal al mismo.

²⁰ BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL en ACUÑA NAVAS, A. y CORDERO ESQUIVEL, E.; “Update on Shrinkwrap / Clickwrap / Browsewrap Contracts”; *op. cit.*; pgs. 138-139.

En base a lo expuesto previamente, es menester aclarar que la gran mayoría de los trabajos desarrollados sobre contratación electrónica en nuestro país, abordan la temática involucrando el derecho de consumo. Ello no es caprichoso, dado que, si analizamos la cotidianeidad de estos contratos, verificaremos la participación de consumidores en la gran mayoría de los casos.

II.A. Derecho Aplicable

Atento a lo desarrollado en la introducción a ley aplicable y foro competente, en particular, a la especialidad del fenómeno que llamamos contratación electrónica, un sector de la doctrina proclama la posibilidad de sujetar los contratos electrónicos a los principios propios de una “Lex Electrónica”, cuyo origen y fundamento sería análogo a los de la conocida “Lex Mercatoria”²¹. La propuesta doctrinaria sostiene que ante el atraso que manifiestan los distintos Estados en la regulación de las relaciones jurídicas nacidas en el ámbito electrónico, y a las dificultades que presenta el Derecho Internacional Privado a los fines de determinar el derecho aplicable en base a los puntos de conexión clásicos (que se encuentran ligados a fenómenos físicos como el domicilio), se torna conveniente la aplicación de esta “Ciberlaw”, que nace de la misma práctica comercial electrónica llevada a cabo por los profesionales en la materia, y a la vez constituye una forma eficaz de solucionar los problemas de inseguridad jurídica para los contratantes, no sólo relativos al consumo propiamente dicho, sino también a otras cuestiones como propiedad intelectual, derechos a la privacidad sobre los datos personales, etc.²².

²¹ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA; “El consumidor internacional y el comercio electrónico”; *Microjuris*; 2014; p.4.

²² VELÁZQUEZ GARDETA, J. M. en DREYZIN DE KLOR, A.; “La protección al consumidor online en el derecho internacional privado”; *op. cit.*; p. 3.

Se sostiene que el Internet es un espacio diferente, reinado por los propios usuarios, por lo que deberían de ser ellos los encargados de auto dotarse de sus propias reglas²³. Este ordenamiento estaría integrado por principios generales como los de buena fe, libertad de expresión, respeto al equilibrio de las partes, etc.²⁴.

Sin embargo, otro sector de la doctrina propone que esta “Lex Electrónica” no es un sistema jurídico acabado y completo, por lo que al fin y al cabo, también podría atraer problemas de seguridad jurídica. Feldstein de Cárdenas y Rodríguez defienden que la “ciberlaw” “no es un sistema jurídico, es decir, un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo esta 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 que argumentan que es importante tenerla en cuenta 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”²⁵.

En definitiva, quienes defienden esta postura sostienen que Internet no representa un espacio diferente que justifique la existencia de un nuevo sistema jurídico, sino que se trata de un simple medio novedoso, y con ciertas particularidades, que los contratantes pueden escoger a la hora de entablar las mismas relaciones jurídicas que desarrollan fuera del ámbito virtual. Debido a esto, y teniendo en cuenta la inminente internacionalidad de estos contratos, el Derecho Internacional Privado es el ordenamiento indicado para poder resguardar jurídicamente estas relaciones, sólo que con la necesidad de adaptar los principios clásicos a esta nueva realidad. Adriana Drayzin de Klor advierte, sin embargo, que teniendo en cuenta que los Estados regulan los diferentes fenómenos sociales de acuerdo a sus distintas idiosincrasias²⁶, sería necesario

²³ BARLOW J. en DREYZIN DE KLOR, A.; “A Cyberspace Independence Declaration”; *op. cit.*; p. 4.

²⁴ DREYZIN DE KLOR, A.; *op. cit.*, p. 4.

²⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. y RODRÍGUEZ, MÓNICA S.; “Derecho aplicable en materia de relaciones de consumo internacional: una aproximación a los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos. Segunda parte”; *Microjuris*; 2014; p. 15.

²⁶ DRAYZIN DE KLOR, A.; *op. cit.*; p. 6.

ante esta nueva realidad cibernética, la existencia tanto de normativa de fuentes nacionales como convencionales, otorgando estas últimas una unidad de criterio²⁷.

De todas maneras, no debemos perder de vista un importante factor a tener en cuenta, que es la distinción entre la calidad que revisten los contratantes.

Ello dado que no es lo mismo si estamos hablando de un contrato B2B (business-to-business) o B2C (business-to-consumer). En el primer caso, nos encontramos ante dos partes que se encuentran en igualdad de posiciones a los fines de negociar los términos del contrato, por lo que se puede aceptar el ejercicio de la autonomía de la voluntad; ya que cuentan con los medios necesarios para poder encontrar la solución que les sea convenientes a ambos. No es así en el segundo caso, en el cual el proveedor generalmente se encuentra en un lugar de superioridad respecto del consumidor, contando de esta manera con mayor influencia y poder de decisión, que le permite establecer cláusulas a las que su co-contratante debe simplemente aceptar o rechazar.

Teniendo en cuenta que la gran mayoría de contratos de Términos y Condiciones de Uso se celebran entre grandes empresas y pequeños consumidores, el análisis de la cuestión se debe realizar a luz de la normativa que privilegia la defensa a los consumidores, que son la parte débil de la relación. Sobre el particular, encontramos ordenamientos de diversa índole.

¿Qué derecho rige la validez o invalidez de la cláusula de elección del derecho aplicable? Al igual que en el apartado anterior, y manifestando la íntima relación entre Foro y Ley, la respuesta la determinará el juez interviniente. Si es la justicia argentina la que entiende en el caso concreto, se aplicará el art. 2.655 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que “los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesario para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el

²⁷ G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG y E. FERNÁNDEZ MASIÁ, en DRAYZIN DE KLOR, A.; “Derecho del comercio internacional”, *op. cit.*; p. 6.

Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedora a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él un pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración”.

En la medida que el juez interviniente entienda comprendido el supuesto de hecho en el inciso a), aplicará el derecho del domicilio del consumidor, en su defecto el derecho del lugar de cumplimiento, calificado conforme el art. 1109, el cual será el lugar donde se presta efectivamente el servicio, es decir, también el domicilio del consumidor. En ambos casos, nos conduciría a la aplicación del derecho argentino y en consecuencia a la invalidez de una potencial prórroga de jurisdicción predispuesta.

II.A.i. Derecho de Fuente Convencional

La normativa convencional existente en materia de comercio electrónico es casi nula, máxime tratándose de sus aspectos consumeriles. Por un lado, nos encontramos con la Directiva 2000/31 de la Unión Europea, que establece en su art. 9 que los Estados deben promover la posibilidad de celebración de contratos electrónicos y asegurarse del no entorpecimiento de esta actividad; en el art. 5 dictamina que los proveedores electrónicos deben asegurar un fácil acceso a la información sobre determinados aspectos de su actividad; y en el art. 10 se determina que mínimamente, “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) 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”. Además, en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, y respecto

de los Términos y Condiciones de Uso, se establece que “los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, 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” y que “las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas”.

Por otro lado, en el ámbito del Mercosur, rige la Resolución 37/2019 de Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico, que alcanza a todos los proveedores que estén radicados en alguno de los Estados parte, o que operen comercialmente bajo sus dominios de internet (art. 10). Se establece que en el comercio electrónico debe garantizarse a los consumidores el derecho a la información clara, precisa, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio, sobre el producto o servicio en sí y sobre la transacción, durante todo el transcurso de la misma (art. 1). A su vez, el art. 2 también asegura el acceso a los consumidores, en cualquier medio electrónico propiedad del proveedor y de manera visible y previa a la formalización del contrato, a cierta información sobre el proveedor, por ejemplo: sobre las cualidades del producto o servicio, el precio, las condiciones y limitaciones de responsabilidad y garantía, entre otros datos relevantes que deban ser de conocimiento de los consumidores. Luego, sobre los Términos y Condiciones de uso, el art. 3 determina la obligación por parte del proveedor de asegurar un acceso fácil y de clara visibilidad a dichos términos, permitiendo que sean leídos y almacenados por los consumidores. En el artículo siguiente, se establece la obligación de redacción completa, clara, fácilmente legible y autosuficiente, sin necesidad de remisiones a otros textos que no sean otorgados simultáneamente. Por último, en el artículo 5 se determina la necesidad de proporcionar un mecanismo de confirmación expresa por parte del consumidor.

De todas maneras, se puede observar que estas normativas hacen más a las exigencias sobre la forma de operar de los proveedores asegurando el derecho a la información por parte a los consumidores, y ciertas condiciones de validez para los contratos de Términos y Condiciones, pero no tratan sobre la ley aplicable a los mismos.

Sí existe un Proyecto en el ámbito del Mercosur sobre un Acuerdo de Derecho Aplicable en esta materia, el cual optaría por la regulación a través de normas indirectas. Permitiría el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero siempre protegiendo la posición más débil del consumidor, y limitándola a un catálogo de leyes (es decir que sólo podría escogerse una serie de leyes señaladas por ciertos puntos de conexión como domicilio del consumidor, lugar de celebración y ejecución, y sede del proveedor). Por otro lado, la ley convencionalmente elegida puede ser descartada si resulta más perjudicial para el consumidor que su derecho propio. En cuanto a los contratos de adhesión, se requeriría que la cláusula de ley aplicable surja de manifestaciones previas al contrato y, de ser posible, se encuentre en él²⁸.

II.A.ii. Derecho de Fuente Nacional

Teniendo en cuenta la inexistencia de derecho convencional que regule la materia, no queda otra opción que legislar este fenómeno jurídico a través del Derecho Internacional Privado de fuente interna vigente en cada Estado.

En el caso de Argentina, primariamente nos encontramos al artículo 2651 in fine del Código Civil y Comercial, que veda expresamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual en los contratos de consumo.

Seguidamente, el art. 2655 reza “Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento”. Esta primera parte del artículo protege a quien se considera el

²⁸ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. y RODRÍGUEZ, M. S.; *op. cit.*; pgs. 20-21.

consumidor pasivo, es decir, “que de alguna manera es agredido, atacado, inducido por el proveedor, por el profesional en su domicilio”²⁹. Seguidamente, el artículo regula el derecho aplicable al contrato celebrado con un consumidor activo, es decir, quien se desplaza de su país para contratar. El artículo continúa “En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración”. En el caso de los contratos electrónicos se plantea la dificultad de determinación de estos puntos de conexión, aunque respecto al lugar del cumplimiento, se podría echar mano al art. 1109 del CCyC, que reputa como lugar de cumplimiento a aquel donde el consumidor debe o debió haber recibido la prestación.

Resulta de importancia recordar también la cláusula de excepción contenida en el art. 2597, que permite apartarse de las normas aplicables en caso de que no presenten proximidad con el caso, para los supuestos en que el proveedor pudiese llegar a verse extremadamente perjudicado³⁰.

II.B. Jurisdicción Competente

Teniendo en cuenta que en el llamado comercio B2B (Business-to-Business o negocio a negocio), las partes se encuentran en igualdad de condiciones, no existen impedimentos para la estipulación de cláusulas de elección de foro, siempre que la misma sea válida desde el punto de vista del derecho internacional privado designado por las partes, del derecho del Estado cuyos tribunales hayan sido elegidos, y del derecho del Estado ante el cual se solicite la ejecución de la sentencia³¹.

Pero como consecuencia de lo expuesto en relación a la importancia del derecho consumeril en el ámbito de la contratación electrónica, sumado a los numerosos

²⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L.; “Desprotección del consumidor transfronterizo. Hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo”; *La ley*; 2015; p. 19.

³⁰ RABINO, MARIELA C.; “El contrato de consumo con elementos internacionales”; *Sistema Argentino de Información Jurídica*; 2018, p. 8.

³¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L.; “La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet. A propósito de un nuevo caso de la jurisprudencia francesa Frédéric X. v Facebook Inc.”, *Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial*; Número 10, 2015, p. 10.

Leading Cases de tribunales de los Estados Unidos, no podemos soslayar este punto de vista a la hora de tratar la cuestión.

Una herramienta que viene a aportar una posible solución a esta problemática son los acuerdos de elección de foro, por los cuales las partes podrían, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, determinar los tribunales que serán competentes en caso de litigio. Si estos acuerdos resultan útiles a los fines de otorgar seguridad jurídica en los casos de contratos comerciales tradicionales, esta característica se potencia en el caso del comercio electrónico, donde el grado de inseguridad imperante es aún mayor³².

En los Estados Unidos, país vanguardista en el tratamiento del derecho informático, surge la UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act), normativa uniforme que regula el comercio electrónico en dicho país. UCITA fue promovida por las empresas de software y dispone, en materia jurisdiccional, que una cláusula de elección de foro no será aplicable si altera una protección obligatoria de los consumidores. A su turno, en los contratos de consumo en los que se requiere entrega física, la jurisdicción será la del lugar de la entrega. En los casos de entrega electrónica, en cambio, regirá el lugar donde el licenciante está ubicado al momento de celebrarse el acuerdo. En consecuencia, el principio general es que la jurisdicción es la del domicilio del consumidor, pero la prórroga será válida si el derecho del foro elegido ofrece las mismas garantías que las concedidas por las del propio juez del domicilio.

Será labor del juez interviniente evaluar en el caso concreto si mantiene la protección al consumidor en el supuesto de prórroga o si el derecho del foro brinda las mismas garantías que confiere el juez del domicilio del consumidor. En consecuencia, resulta oportuno consultar la jurisprudencia de sus tribunales. La regla general es la admisión de los acuerdos; aunque encontramos jurisprudencia que lo ha declarado sin efecto cuando la parte débil es privada de la garantía de juez natural, lo cierto es que desde los noventa se han pronunciado en numerosas ocasiones a favor de su validez.

³² DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO A. en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.; “Derecho Privado de Internet”; *La jurisdicción internacional...*, p. 8.

II.B.i. Derecho de Fuente Convencional

Resulta prácticamente inexistente la legislación de fuente convencional en materia de relaciones electrónicas de consumo.

Encontramos el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo, del año 1996, en el ámbito del Mercosur. En el art. 1 se determina el ámbito material, cual es la determinación de la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo donde una de las partes sea consumidor, siempre que la celebración del contrato se haya dado en el Estado del domicilio de éste, o se hayan efectuado actos necesarios para la conclusión del mismo. El Protocolo se aplica siempre que las partes se encuentren domiciliadas en distintos Estados parte del Mercosur, o si, aún teniendo el domicilio en el mismo Estado parte, la prestación más característica deba cumplirse en otro Estado (art. 2). Se califica al domicilio como el lugar de residencia habitual o centro principal de los negocios en el caso de la persona física, y la sede principal o lugares donde funcionen representaciones en el caso de las personas jurídicas (art. 3).

El principio general de jurisdicción es la del domicilio del consumidor (art. 4), y como solución alternativa se admite una jurisdicción concurrente excepcional, por voluntad exclusiva del consumidor manifestada expresamente al entablar demanda, en los Estados de: celebración del contrato, cumplimiento de la prestación del servicio o entrega de los bienes, y el domicilio del demandado (art. 5). También se brinda la posibilidad al proveedor de demandar al consumidor tanto en su domicilio o en el que tenga algún tipo de representación, siempre que esta última haya participado de alguna forma en las operaciones que dieron lugar al conflicto.

Se permiten ciertas actuaciones a distancia por parte del proveedor, siempre que no tenga algún tipo de representación en el Estado del foro actuante (art. 9). Se establece que la ley procesal aplicable será la del lugar del juicio (art. 10).

En los arts. 11 y 12 se estipulan normas de eficacia extraterritorial de las sentencias.

Se ha cuestionado si ante la falta de la estipulación de normas acerca de los acuerdos de prórroga de jurisdicción, se estaría avalando su utilización a partir de la ley. Sin embargo, se ha dicho que a partir del vocabulario de la ley en su art. 5 (“excepcionalmente” y “por voluntad exclusiva del consumidor”), la jurisdicción establecida por el protocolo sería excluyente de otras posibles jurisdicciones³³.

El Protocolo no se encuentra en vigencia, ya que su aprobación por parte de los Estados se encuentra supeditada a la previa aprobación del Reglamento Común del MERCOSUR para la Defensa del Consumidor (art. 18), que aún no ha sido elaborado por sus Estados parte.

II.B.ii. Derecho de Fuente Interna.

El artículo 2654 del CCyC establece, respecto de la jurisdicción competente en casos de relaciones de consumo, que “las demandas (...) pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía (...)”. Aquí, a diferencia de lo que sucede en materia de derecho aplicable donde se busca evitar el “despedazamiento del contrato”³⁴ y se regula la completitud del mismo a partir del derecho designado por un solo punto de conexión, se establecen varios puntos de conexión que permiten determinar distintas jurisdicciones competentes, a los fines de permitirle el ejercicio del derecho de acceso a la justicia al consumidor.

i. La elección del domicilio del demandado como punto de conexión busca beneficiar tanto al demandado, quien no puede presentar reparos a ser accionado ante sus propios tribunales³⁵, como al actor, ya que hay más probabilidades de poder contar con bienes de propiedad del demandado en su propio domicilio, lo que posibilitaría la

³³ CIURO CALDANI, MIGUEL A. en RABINO, M. C., "Comprensión jusfilosófica de la protección internacional del consumidor (con especial referencia al Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo)"; *op. cit.*, p. 4.

³⁴ GOLDSCHMIDT, WERNER en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.; "Jurisdicción internacional en contratos internacionales"; *La jurisdicción internacional...*; p. 15.

³⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.; *La jurisdicción internacional...*; p. 16.

ejecución de la sentencia. En cuanto al domicilio del demandado, y en el caso de los contratos electrónicos, nos preguntamos si éste podría ser el lugar determinado por el sufijo geográfico de la dirección electrónica, o el lugar donde se encuentran los servidores, pero esto conlleva el riesgo de que el potencial demandado movilece su dirección virtual a los fines de evadir la justicia³⁶ (Feldstein, pág 16). Esta misma idea fue expuesta por nuestros tribunales en el fallo “Perez Morales c/ Booking Argentina SRL”, donde se dijo que “tiene teniendo actualidad el punto de conexión del domicilio real –así no coincida con el domicilio virtual- en razón de ofrecer un principio perenne de localización”. Siguiendo más allá, se estableció que “incluso en los casos en que resulta difícil y hasta casi imposible localizar el domicilio del demandado, si existen elementos suficientes que lo vinculen con nuestro país, se ha de preconizar una interpretación amplia del concepto, por el que los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia (art. 2602 CCyC)”.

ii. “(..) o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor (...)” En esta última parte, la ley argentina coincide con el Reglamento (CE) 44/2001 sobre competencia judicial, en la que, viéndose los consumidores protegidos por dicho reglamento si un proveedor ejerce su actividad en o la dirige hacia la Comunidad Europea, las empresas sólo pueden demandar a los consumidores ante los tribunales del Estado donde éstos estuviesen domiciliados³⁷.

iii. “(...) En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”. En este punto la normativa nacional argentina se diferencia de la UCITA estadounidense

³⁶ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.; *La jurisdicción internacional...*; p. 16.

³⁷ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.; *La jurisdicción internacional...*; p. 18.

(Uniform Computer Information Transaction Act), pues aunque esta última establece como principio general al domicilio del consumidor como determinante de la jurisdicción competente, se permiten las cláusulas de prórroga de jurisdicción si el foro elegido asegura las mismas garantías al consumidor que el foro de su domicilio. Esta ley también define el lugar del cumplimiento en caso de contratos puramente online: éste será el lugar donde se encuentra ubicado el licenciante al momento de celebrar el acuerdo³⁸, algo en lo que la ley argentina falló al omitir y solo definir el lugar de cumplimiento en casos de entrega física (art. 1109).

Es muy interesante el aporte de Rabino, quien postula la posibilidad de los consumidores de acceder a la justicia en casos de conflictos con grandes empresas extranjeras a partir del ejercicio de acciones de amparo colectiva, establecida por el art. 43 de nuestra Constitución Nacional. Rabino nos dice que “interesa especialmente el problema particular de la participación de consumidores extranjeros en acciones colectivas iniciadas en el domicilio del proveedor, ya que esto puede facilitar el acceso a la justicia y una efectiva protección. En los daños ocasionados por vicios o productos defectuosos, ya existen abundantes antecedentes de daños masivos, por ejemplo el caso "Abad, Carlos vs. Bayer Corp", iniciado por 600 argentinos ante la Corte del Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estrados Unidos de Norteamérica”³⁹.

Finalmente, nos parece interesante el planteo elaborado por Rabino bajo una situación hipotética en la que un consumidor, luego de aceptar los Términos y Condiciones en los que se designa como jurisdicción competente un país extranjero, como EE.UU. Para nuestro derecho, sería considerada una cláusula abusiva de un contrato de adhesión, por lo que sería considerada nula. En caso de intervenir un juez argentino, podría aplicar el inc. a) del artículo 2655, determinar el derecho argentino como aplicable y por lo tanto considerar la cláusula como nula. En caso de intervenir un juez estadounidense, podría analizar el contrato a la luz de la UCITA, y considerar la cláusula de prórroga como válida, por lo que el juez argentino no sería competente, lo que podría traer como resultado un desconocimiento de la sentencia dictada en

³⁸ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.; *La jurisdicción internacional...*; p. 19.

³⁹ RABINO, M. C.; *op. cit.*; p. 7.

Argentina. Bajo este análisis, podemos ver cómo la solución de la nulidad de la cláusula de prórroga en casos de contratos de consumo, no asegura en fin una efectiva tutela hacia el consumidor, ya que podría derivar en un caso de desconocimiento de sentencia. Es por eso que esta autora propone la flexibilización de los criterios argentinos respecto al consumidor internacional, y el reaseguro de la tutela efectiva del mismo, incluso cuando tal tutela no se encuentre en manos del juez argentino⁴⁰.

⁴⁰ RABINO, M. C.; *op. cit.*; pgs. 9-11.