

**EL COMERCIO ELECTRÓNICO, LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y LA
DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. APLICACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO, LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y EL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO**

Victoria Deborah Kalikian

Resumen

En materia de comercio electrónico, primero debemos definir si estamos ante una nueva disciplina autónoma o si se trata solamente de una nueva modalidad de contratar, de ello se desprende si se aplicarán principios propios, o si debemos recurrir a las reglas generales en materia de contratos. Para dilucidar cuál es la ley aplicable a este tipo de transacciones, el Derecho Internacional Privado proporciona las herramientas adecuadas, sin embargo, en ciertos casos se torna insuficiente, en la medida en que no se rija por puntos de conexión flexibles. Como segunda herramienta podemos recurrir a la armonización legislativa, que implica la utilización de normas de conflicto sin la modificación del Derecho sustancial, que es la tendencia en el ámbito del Mercosur. No obstante, si ello no ocurre, se produce la consecuente inseguridad jurídica que facilita el forum shopping. En el continente europeo se aplica la uniformidad, que implica la utilización de normas directas y la adopción de idénticas soluciones de fondo, una solución completamente distinta a la nuestra, punto en que se toma en cuenta la opinión de distintos autores. Nos cuestionamos si la uniformidad

hace a la previsibilidad de los negocios, o si por el contrario, la diversidad de sistemas normativos permite una mejor competencia. Asimismo analizamos lo que ocurre si las partes eligen la ley aplicable al contrato, tomando en cuenta la autonomía de la voluntad como fuente. Y por último, recurrimos a las herramientas brindadas por el Análisis Económico del Derecho contractual que permite una mejor comprensión a la hora de confeccionar los contratos, teniendo en cuenta los costos y los beneficios.

Abstract

As regards electronic commerce, we must first determine whether we are facing a new autonomous discipline or, if it is just a new form of contracting, depending on it, it would be clear if own principles apply, or if we must attend the general rules as regards contracts subject.

To elucidate which is the applicable law to such transactions, the private international law provides the right tools. However, in some cases becomes insufficient, as far as it is not governed by flexible connection factors. As a second tool we can use legislative harmonization which involves the use of conflict rules without modifying the substantive law, which is the trend in the Mercosur zone. However, if this does not occur, the consequent legal insecurity takes place facilitating the forum shopping. In the zone of the European continent uniformity applies. This involves the use of direct rules and the adoption of same fundamental solution, which is a solution quite different from ours, in this item it is taken into account the opinion of various authors. We question whether uniformity helps to the predictability of business, or if on the contrary, the diversity of regulatory systems allows a better competition. We also analyze what

happens if the parties choose the law applicable to the contract, taking into account the autonomy of the will as the proper source. Finally, we use the tools provided by the Economic Analysis of contract law, which allows a better understanding at the time of making the contract, taking into account costs and benefits.

Palabras clave

Comercio electrónico, ley aplicable, Derecho Internacional Privado, armonización legislativa, Análisis Económico del Derecho contractual.

Keywords

E-commerce, applicable law, private international law, legislative harmonization, Economic Analysis of Contractual Law.

1) Introducción

El Derecho, a través de las fuentes formales brinda marcos y soluciones a situaciones de hecho que se vienen suscitando a lo largo del tiempo, y que finalmente se consolidan. Todo ello con una visión *ex post*, es decir una vez ya consumada la circunstancia. Sin embargo, cabe cuestionarse, si a fin de determinar la ley aplicable en los casos de comercio electrónico y contratación internacional no resulta conveniente complementar las clásicas herramientas jurídicas, tales como el Derecho Internacional

Privado con la armonización legislativa y los criterios económicos brindados por el Análisis Económico del Derecho.

Tal como sostiene Heredia Cervantes (2001), la expansión de Internet genera evidentes beneficios, tanto para los profesionales como para los consumidores. Internet supone muchas ventajas, como por ejemplo, la reducción de los costos, la generación de nuevos negocios, y la agilización de las relaciones comerciales. Pero también plantea algunos riesgos como por ejemplo la determinación de la validez y el perfeccionamiento del contrato, el desconocimiento de la identidad y la reputación de las partes, es decir una suerte de anonimato de las partes co-contratantes, la prueba del contrato, el repudio del mensaje electrónico por parte de alguno de los co-contratantes y la posibilidad de que un tercero intercepte o manipule el mensaje electrónico con fines fraudulentos.

Además Internet permite el desarrollo de cualquier operador, por muy limitados que sean sus recursos y de este modo, se puede convertir en una empresa que trafique a nivel mundial.

Según la Organización Mundial del Comercio (2013), las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMEs) constituyen la mayoría de las empresas y emplean el mayor número de trabajadores del sector manufacturero y de servicios, abasteciendo al mercado interno y contribuyendo al PBI. En países en vías de desarrollo como Ghana o Ecuador, más del 50 % de los trabajadores se encuentran empleados en una PYME. Si bien se ha comprobado que las multinacionales son las que más se han beneficiado del comercio electrónico, exponencialmente crece la cantidad de PYMES que adoptan

la modalidad de la contratación electrónica para ser más competitivas como exigencia del mercado mundial, sobre todo aquellas que se dedican a la exportación.

2) Enfoque jurídico

Uno de los problemas radica en que la utilización de la Red, no solamente incrementa el trabajo, sino que además, exige una infraestructura para la cual muchas de esas empresas que deciden adaptarse a las nuevas exigencias del mercado, no están preparadas. Algo similar sucede en el orden jurídico, las normas que regulan dichas relaciones contractuales mediante el Derecho Internacional Privado, por la peculiar naturaleza de esta nueva modalidad de contratación, coloca en aprietos a las clásicas soluciones del Derecho (Heredia Cervantes, 2001).

Por otro lado, Internet desmaterializa la contratación, en el sentido que dificulta la aplicación de las normas del Derecho Internacional Privado elaboradas en base a conexiones territoriales como el lugar de celebración, el lugar de ejecución o de entrega de mercadería, el domicilio del demandado (Heredia Cervantes, 2001).

En nuestra opinión, el Derecho Internacional Privado mantiene plena vigencia para solucionar este tipo de conflictos, pero debe ser complementado por otras herramientas que amplíen el campo de aplicación, en aquellas ocasiones en que el Derecho Internacional Privado no fuere suficiente para dar respuestas, tal como ocurre cuando no es posible determinar el punto de conexión.

2.1) Comercio electrónico

La agilidad de la tecnología, sin permisos ni concesiones especiales por parte del Estado, constituye una bondad propia de internet que hace a la rentabilidad de los

negocios efectuados bajo esta nueva modalidad. Por ello la doctrina se cuestiona si estamos frente a una nueva disciplina autónoma o si solo estamos frente a una nueva modalidad de comercio y contratación, pudiendo recurrir a los institutos tradicionales del derecho. Feldstein de Cardenas (2008), con quien coincidimos, deja entrever que no comulga con la denominada “*lex informática*”, desde que el ciberespacio no debe ser considerado como un compartimento estanco, ya que la utilización de un lenguaje específico y la utilización de ciertas prácticas no ameritan por sí solas el surgimiento de un nuevo derecho.

2.2) Dificultades para determinar la ley aplicable

Como bien señala Feldstein de Cárdenas (2008), si existe un punto de difícil determinación de los contratos electrónicos es el del lugar de su celebración, por lo que no resulta conveniente sujetarse a dicho criterio para determinar la ley aplicable. Otra posibilidad podría ser sujetarlo a la del lugar de ejecución, pero tampoco quedaría claro la ejecución de cuál prestación. Ante este interrogante que se plantea, han surgido criterios de conexión flexibles, y así se permite sujetar la ley aplicable al lugar donde se debe cumplir la obligación más característica, o la del lugar del domicilio donde se encuentre el prestador más característico.

Burstein (Feldstein de Cárdenas, 2008) ha propuesto tres maneras de determinar la ley aplicable: armonización de normas de conflicto, uniformidad legislativa, o el reconocimiento de Internet como una jurisdicción propia.

Compartimos el criterio de Feldstein de Cárdenas (2008), quien adhiere a la primera propuesta, es decir a la armonización de normas de conflicto, sea en base a puntos de conexión rígidos, tales como el domicilio, el lugar de celebración o el de

ejecución; o bien en base a puntos de conexión flexibles, tales como el lugar de cumplimiento de la prestación más característica, el domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato, o el lugar que tenga vínculos más relevantes con el contrato.

La solución de crear una ley sustantiva de internet, sería, a nuestro criterio, muy adecuada, sin embargo, por el momento sería inviable en la práctica, no solamente por el temor, ciertamente infundado, de los diversos países, a perder su soberanía, sino porque las diferencias culturales, jurídicas, sociales y económicas no lo harían posible. Nótese, que cierta jurisprudencia local, considera al contrato electrónico como otra forma de contratación, pero al cual se le aplican las normas generales sobre contratos. “Al contrato "electrónico" se le aplicarán las mismas reglas generales que a todos los contratos y si ellos además, integran una relación de consumo, serán regidos por los principios contenidos tanto en la ley 24.240 como en la 26.361. El sistema de comercio por medio electrónico, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte...” Claps Enrique Martin y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ Daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala K. 5/10/12.

2.3) *Forum shopping* e inseguridad jurídica

Coincidimos con la mayoría de los autores, en cuanto que la desarmonización legislativa no hace más que propiciar el denominado *forum shopping*, definido éste como:

...transferencia de bienes o litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición más favorable, creando un nuevo obstáculo, una barrera para el desarrollo pleno, armónico del mercado común... (Rodríguez, 2011, p. 112).

En las relaciones denominadas *business to consumer* (B2C), es decir del empresario al consumidor, la llamada parte sofisticada se encuentra en mucha mejor situación que el consumidor y por ello deviene necesaria la restricción de la libertad de elección, a fin que el empresario no se beneficie de su posición de fuerza (Heredia Cervantes, 2001).

Lima Marques (2001), dice al respecto:

...De manera, que tiene razón Boggiano al afirmar que las conexiones rígidas ofrecen a los nacionales sólo una “seguridad ilusoria”, pues hoy nadie desconoce los fenómenos del forum shopping, de las soluciones alternativas de controversias y de la renuencia del consumidor a litigar internacionalmente (demanda reprimida)... (p. 17).

Heredia Cervantes (2001) plantea una visión distinta en cuanto al fraccionamiento de los sistemas legales. Este autor resalta que la unificación material ha sido puesta en duda, por ciertos autores que consideran que de la convivencia de los distintos sistemas legislativos pueden extraerse ventajas.

Los diferentes sistemas legales son considerados como productos, de suerte que los operadores se encuentran ante un mercado de productos normativos. Este mercado permite no solamente elegir el que mejor se adapte a las particularidades de cada relación, sino que a su vez, se produciría una competencia entre los diversos ordenamientos jurídicos. Esto asimismo permitirá determinar cuál de los ordenamientos resulta más idóneo y en consecuencia, dicho ordenamiento será tenido como referencia para las futuras soluciones (Cervantes Heredia, 2001).

Así, en materia de elección de la ley aplicable, y a fin de evitar el *forum shopping* y la consecuente inseguridad jurídica, nos inclinamos por aceptar la autonomía como fuente, por cuanto, su reconocimiento otorga seguridad jurídica, en la medida en que las partes pueden ordenar, adaptar y prevenir los comportamientos; y su contracara de otorgar a los actos certeza jurídica, desde que la ley elegida por las partes será aplicable al fondo de la cuestión (Rodríguez, 2011).

Pues de lo contrario, al no establecerse previamente, ni el contenido, ni la determinación o individualización de la ley o leyes (en el caso del *depeçage*) que serán de aplicación al contrato, se producirá una verdadera inseguridad jurídica que tornaría a la relación más riesgosa. Nos inclinamos por la autonomía de la voluntad como fuente de creación del instrumento jurídico, en base, no solamente al derecho a la libertad de contratación contemplado constitucionalmente, sino que también se debe a un fundamento económico, desde que la elección de las reglas que regirán el contrato, como es la ley aplicable al mismo, reducirá los costos de transacción, es decir que la previsibilidad hará al contrato menos oneroso, como se ampliará más adelante.

2.4) Armonización y uniformidad legislativa

Se debe distinguir la armonización, que implica la utilización de normas de conflicto sin la modificación del Derecho sustancial, de la uniformidad, que es la utilización de normas directas y la adopción de idénticas soluciones de fondo. La primera, solo implica la adopción de idénticos criterios de distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales, en cambio la segunda implica la idéntica solución de fondo (Rodríguez, 2011).

2.4.1) Mercosur

Según surge de las conclusiones del panel N°2 del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en su sesión plenaria en el punto armonización de normas procesales en el Mercosur, la integración se efectuará mediante la armonización y no la unificación (Rodríguez, 2011).

De acuerdo a este dato, parecería desprenderse que existe una decisión política por parte de los Estados miembros del Mercosur de integrarse económicamente, lo que no implica de ninguna manera que se dejarán de lado las características particulares de cada uno de dichos Estados.

2.4.2) Unión Europea

Algunos autores europeos observan ciertos fenómenos que se plantean en torno a la uniformidad legislativa. Sánchez Lorenzo (2003) pone de relieve, lo que ocurre en el continente europeo, por cuanto allí es donde ha tenido lugar la uniformidad legislativa. Este autor dice:

...En suma, la codificación regional implica una opción de eficacia dudosa en aquellos sectores que están o deben estar internacionalizados, y cuya reglamentación debe evitar una multiplicidad de planos. En el ámbito de la contratación internacional, la codificación europea presenta los tintes de un planteamiento localista, y no precisamente cosmopolita.... (p.16).

Roca Guillamon (2012) repara en la dificultad que plantea la unificación en cuanto a la coexistencia de sistemas dispares como el derecho continental europeo y el derecho de creación judicial, debiendo ser analizada desde la perspectiva del tráfico empresarial y los negocios. Anticipando lo que se verá más adelante respecto a los costos de transacción, también debe advertirse (Roca Guillamon, 2012) que normalmente los sujetos pueden acceder a su ley nacional a un costo mucho más reducido que el que implica conocer las leyes de uno o varios países extranjeros.

Manifiesta este autor que, si bien la unificación del Derecho Internacional Privado europeo es más factible en estos momentos que cualquier otro intento de armonización, no se debe descartar la posibilidad de una unificación material, que, de lograrse, constituiría el triunfo del ideario europeísta que inspiró el pensamiento de quienes propiciaron la integración económica, como Robert Schuman, Konrad Adenauer o Jean Monnet, entre otros, quienes tuvieron en cuenta las limitaciones de los Estados nacionales tradicionales. En comparación con lo que fue la idea del derecho común, en la actualidad se enfrentan intereses políticos y económicos contrapuestos, y a su vez que existen diferencias esenciales entre los ordenamientos jurídicos nacionales bien definidos desde la codificación (Roca Guillamon, 2012).

2.5) Derecho Internacional Privado

En cuanto a las soluciones que proporciona el Derecho Internacional Privado argentino, encontramos en primer término la autonomía de la voluntad, como posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable al contrato. Feldstein de Cárdenas (2008) distingue si se trata de una relación *business to business* (B2B), es decir entre empresarios, o si se trata de una relación *business to consumer* (B2C), es decir entre empresario y consumidor, pues evidentemente en la segunda, existe una disparidad de poder, y los más débiles, en el caso los consumidores, requerirán de una tutela especial, que, en general, es acordada mediante normas de orden público.

Es dable destacar lo que observaba el economista Lester Thurow (1996) en la década de los años noventa, en cuanto a que, según el criterio de supervivencia del más apto, existe un papel muy limitado para el gobierno y por consiguiente, un

repliegue del sector público, y a medida que éste se retira el capitalismo otorga poder en la toma de decisiones a los propietarios del capital.

Siguiendo este criterio, podemos resaltar la importancia de la autonomía de la voluntad, sobre todo en materia comercial, y más aún mediante la utilización de los medios electrónicos, que, debido a su agilidad y velocidad, resulta inimaginable que existan numerosas restricciones impuestas por los Estados.

En el ámbito europeo, no parece recurrirse al Derecho Internacional Privado, más bien se tiende a la uniformidad legislativa, por cuanto según surge de la exposición de motivos de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil a los Estados miembros, de fecha 6 de noviembre de 2001, se sostiene que el Derecho Internacional Privado ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo que ya está integrado, y que por lo tanto, la mejor alternativa consiste en crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales. Todo ello suponiendo que la combinación de directivas y del Derecho Internacional Privado implica mayores riesgos para los usuarios del Derecho y de esta manera se garantizaría el funcionamiento del sistema que evite el *forum shopping* (Sánchez Lorenzo, 2003).

Interpretamos que la preferencia de la uniformidad legislativa por sobre el Derecho Internacional Privado responde a razones de aplicación del derecho de fondo, es decir que la aplicación del Derecho Internacional Privado remitirá al ordenamiento que deberá regir esa relación, y ello podrá condicionar la solución de fondo del caso en un sentido o en otro, siendo esta solución incierta. En cambio, si existe uniformidad legislativa la solución al caso siempre será la misma y será previsible.

A fin de introducir al lector en el próximo punto, consideramos pertinente resaltar la postura de Sánchez Lorenzo (2003) en cuanto a que el Derecho Internacional Privado no es una vía alternativa, sino un camino complementario:

...Ciertamente no puede aceptarse la tesis que defiende la suficiencia de la unificación del Derecho internacional privado europeo como elemento sustitutivo o alternativa de armonización de los Derechos materiales. Esta idea [...] es actualmente del agrado de quienes defienden la idea de pluralidad jurídica estatal como mecanismo de competitividad entre ordenamientos de mayor eficiencia jurídica del Derecho privado en Europa [...] No parece necesario insistir en las contradicciones que puede implicar el análisis económico del Derecho y los fuertes argumentos que amparan una unificación de los Derechos privados nacionales amparados, precisamente en la idea de los costes externos de transacción. Por esta razón, el Derecho internacional privado no es una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo, que se muestra especialmente útil para ir preparando el terreno de una armonización progresiva, lenta y blanda...(p. 367).

Tal como destaca uno de los autores que tomamos como referencia en este punto, es posible que se produzcan fallas del mercado de los productos normativos, a los que hicimos referencia en el ítem anterior. Ello ocurriría cuando los Estados se comportan de forma oportunista, y se produciría una competencia en la baja de la calidad de dichos productos normativos, es decir un descenso del nivel técnico (Heredia Cervantes, 2001).

Nosotros añadimos, que esta circunstancia podría estar prevista para desalentar a los posibles litigantes de acudir a un sistema jurídico en particular. Aquí es donde, este autor opina que entraría en juego el Derecho Internacional Privado, que actuaría como mecanismo de garantía del perfecto funcionamiento del mercado de productos normativos, corrigiendo los eventuales fallos que se pudieran producir, y consecuentemente el Derecho Internacional Privado garantizaría la autonomía privada

y las bases para reconocer el marco jurisdiccional que las partes han considerado más acorde con sus intereses, así como que dicha elección será reconocida recíprocamente entre los distintos Estados. Sin embargo, y paradójicamente dicho objetivo, importa la uniformidad del Derecho internacional Privado, es decir, una suerte de regla “tanta uniformidad conflictual y tanta diversidad material como sea posible” (Heredia Cervantes, 2001).

3) Enfoque desde Análisis Económico del Derecho contractual

Habiendo abordado las cuestiones jurídicas en materia de comercio electrónico, resulta sumamente interesante analizar brevemente estas mismas circunstancias desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Disciplina que podría definirse como aquella que aplica la teoría económica y métodos empíricos desarrollados por la ciencia económica a fenómenos jurídicos o sistemas legales, lo que implica una verdadera relectura del Derecho desde la Economía.

El estudio desde esta óptica del ordenamiento jurídico parte de una premisa consistente en que las normas jurídicas crean costos y beneficios al realizar determinadas acciones, afectándose así la microeconomía.

En la disciplina del AED se han incluido cuatro tipos de tesis. La tesis normativa, que sostiene que el derecho debe ser eficiente; la tesis predictiva, que sostiene que se puede utilizar la economía para predecir cómo se comportarán los agentes en función de los incentivos y desincentivos generados por las normas jurídicas, tanto de carácter general como de carácter individual; la tesis descriptiva, que se limita a indicar cuál sistema jurídico es eficiente y; finalmente, la tesis evolucionista, que afirma que el derecho tiende a adoptar normas eficientes (Spector, 2004).

Las controversias jurídicas son analizadas a través de técnicas que miden a dichas controversias como elecciones sociales que implican ponderar costos, beneficios y valores sociales que se encuentren en conflicto. El AED está basado en criterios de eficiencia y bienestar agregado, desde que las normas pueden ser entendidas como tendencias institucionales a maximizar el bienestar agregado (Kluger, 2006).

Como bien explica Spector:

...lo novedoso del AED es que provee un modelo analítico unificado para explicar una formación vasta de normas jurídicas que parecen no tener conexión entre sí. La premisa fundamental de este modelo es que los individuos son agentes racionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales sobre la base de un orden coherente de preferencias transitivas (2006, p. 41).

De acuerdo a los distintos métodos y fundamentos del conocimiento científico, se puede realizar una clasificación de la aplicación y las tareas de las cuales se ocupa el Análisis Económico del Derecho en un doble sentido.

Por un lado se encuentra la perspectiva teórica, posición en la que se enrolan Friedman y Posner, comprendida como ciencia positiva o descriptiva, que se ocupa del estudio y la explicación del funcionamiento real del Derecho, así como de los efectos económicos de las normas jurídicas y el impacto legal en la realidad social. En concreto, las tareas que realiza son: (a) explicar conceptos y categorías de significación económica del Derecho, (b) verificar el grado de eficiencia económica (relación del costo con el beneficio) del funcionamiento efectivo del sistema jurídico, (c) evaluar

cuantitativamente y predecir los costos y efectos económicos del funcionamiento del Derecho y del impacto legal.

Por el otro lado se encuentra la perspectiva práctica, posición en la que se enrola Calabresi, comprendida como ciencia normativa o perceptiva, que se ocupa de diseñar cómo debería ser y funcionar el Derecho en términos de eficiencia económica. Las tareas que realiza son: (a) aconsejar los medios más adecuados y eficientes con el objeto de alcanzar los fines propuestos por el Derecho, (b) estudio y diseño de las reformas necesarias para potenciar el grado de eficiencia, (c) elaboración de nuevas instituciones y sistemas normativos con apoyo en la eficiencia económica, principio que podrá ceder ante otros de mayor jerarquía. (Montoro Ballesteros, 1999).

Sin profundizar en los conceptos de los cuales el AED se vale, algunos de ellos ameritan ser explicados de forma sucinta, entre los que se encuentran: (a) la eficiencia, (b) Óptimo de Pareto, (c) los costos de transacción y (d) las externalidades. (a) Eficiencia: Se distinguen varios tipos, sin embargo, en el intento por unificar en un solo criterio la definición de eficiencia, como afirma Cabanellas (2006):

...Posner evalúa las situaciones económicas en función del precio que estén dispuestos a pagar los consumidores por los bienes y servicios de ellas derivadas. Así, en una economía con dos agentes, si una medida permite a A obtener bienes y servicios adicionales por los que está dispuesto a pagar \$100, y priva a B de bienes y servicios por los que estaría dispuesto a pagar \$50, la medida se considera eficiente, aunque el motivo del mayor valor dado por A sea su más alto poder económico". Una de las críticas que se le efectúan a esta metodología es que no tiene en cuenta la esencia de todo sistema jurídico que es precisamente la existencia de conflictos; y la función del Derecho es resolverlos. Los hechos se desenvuelven de acuerdo a mecanismos complejos de lucha social... (p.31).

(b) Óptimo de Pareto: (debido al economista y sociólogo Vilfredo Pareto). Cabanellas (2006) define el concepto de mejora paretiana:

...una situación es mejor que otra si uno o más agentes se benefician con el cambio, sin que ningún agente se perjudique por el mismo". Una de las críticas que se le efectúa en relación al Derecho es que éste último opera precisamente a través de la solución de conflictos, es decir situaciones en las que sólo es posible beneficiar a una persona a costa del perjuicio de otra. Otra de las observaciones que se realiza a esta metodología es que no toma en cuenta que la realidad es siempre dinámica, pues se refiere a situaciones estáticas, lo que conduce usualmente a errores en la exposición de las consecuencias jurídicas de medidas e instituciones (p.33).

(c) Costos de transacción: Desde una visión acotada, se pueden definir a los costos de transacción, como aquellos costos necesarios para convenir y hacer efectivos los contratos, tales como los costos de obtención de la información, los costos de negociación del contrato, los costos que generan el control del cumplimiento de aquel contrato y el costo de exigir judicialmente o de otra forma dicho contrato. También podrían incluirse los costos necesarios para darle efectividad a los derechos, de índole extrajudicial, como pueden ser los derechos de propiedad (Cabanellas, 2006).

(d) Externalidades: consisten en los efectos de una actividad o relación económica, que inciden sobre quienes no son parte en esa actividad o relación. Algunas externalidades son regidas por los precios y el funcionamiento de la economía se mantiene estable, los beneficios que de ello derivarán se reflejarán en el sistema de precios y esto permitirá que los agentes ajusten su conducta a los efectos consiguientes. En cambio otras externalidades, son ajenas al sistema de precios y los efectos no pueden ser experimentados por la persona que los causa.

(El caso de una persona que contamina la atmósfera causa un perjuicio a terceros pero no experimenta costo) (Cabanellas, 2006).

Desde la visión del Análisis Económico del Derecho, la concepción del Derecho se configura como un instrumento técnico de control social, lo que trae aparejado una serie de consecuencias de índole teóricas y prácticas (Montoro Ballesteros, 1999).

Se abandona la teoría imperativa del Derecho y se la sustituye por la teoría incitativa del Derecho, de manera tal que el Derecho constituye un sistema de incentivos y rémoras, por cuanto se alentará determinado tipo de conductas y se disuadirá la realización de otras. Se prescinde del factor causante o generador del mismo y de la naturaleza de sus normas para concentrarse en la investigación desde la eficiencia económica, desde las relaciones existentes entre las normas jurídicas y desde los comportamientos humanos y sus resultados (Montoro Ballesteros, 1999).

Las normas del derecho contractual buscan desalentar algunos incumplimientos, e imponer el cumplimiento a toda costa, no obstante, en ciertas ocasiones podría resultar contraproducente.

En este sentido, también la existencia del sistema judicial ocupa un lugar importante; desde la óptica jurídica, implica un acceso igualitario a la justicia, pero desde la óptica económica, importa que las decisiones judiciales sean oportunas y predecibles, lo que propiciará la seguridad jurídica.

Todo ello implica por un lado minimizar la suma de los costos administrativos y de los costos de posibles errores judiciales. De ello se desprende que se crean

incentivos o desincentivos en cuanto a la decisión de demandar o conciliar de los potenciales litigantes (Spector, 2004).

De acuerdo a Cooter y Ullen (1998) las funciones básicas del derecho de los contratos, es la de minimizar los costos de transacción de la negociación contractual, mediante la provisión de términos de omisión eficientes.

Sin perjuicio que los contratos se encuentran sujetos a las fuerzas del mercado, es posible vislumbrar la negociación de las partes mediante los términos de las transacciones efectuadas.

A fin de comprender los incentivos que la ley crea sobre los contratos, cabe examinar cómo este contrato contempla las posibles contingencias, tanto para el sujeto activo como para el pasivo de la obligación, así como para los potenciales sujetos activos y pasivos. La racionalidad y la maximización de la utilidad pueden componer el contrato, por cuanto las cláusulas deben ser racionales para ambas partes y al negociarse sobre determinada contingencia las partes determinarán qué valor tiene para cada una de ellas cumplir con las obligaciones bajo un cierto riesgo.

Algunos contratos pueden revestir la característica de ser incompletos, dado que prever una cláusula para cada contingencia posible excedería el costo.

En este orden de ideas, cuando una determinada contingencia no es contemplada en el contrato y ésta se presenta, se espera que el Derecho cubra ese vacío con los términos que las partes hubieran elegido si hubiesen contemplado esa contingencia (Kornhauser, 2004).

La pauta de la eficiencia está relacionada con aquellas normas que minimizan los costos de diseño y negociación. Así, la norma eficiente que cubre los vacíos es aquella que más se acerca a los términos que hubiesen elegido las partes (Kornhauser, 2004).

Esta constituye una de las razones por las cuales consideramos procedente que las partes integrantes de un contrato estén habilitadas para elegir la ley aplicable a su transacción, en virtud de la autonomía de la voluntad ¿Quiénes, sino las partes contratantes, que han actuado racionalmente, estarán en condiciones de conocer cuál es el sistema jurídico más apropiado aplicable a su relación contractual?

Como enuncia Kornhauser (2004), en relación a la teoría económica de las acciones por incumplimiento, hay varias circunstancias que rodean a los efectos del incumplimiento a tener en cuenta. Entre ellas, además de la forma en la que las partes han pactado la indemnización, (existen varias formas de contemplarla), también se deben considerar los posibles errores de los tribunales en cuanto a la interpretación del carácter indemnizable de cierto derecho o el monto otorgado al acreedor.

El hecho de que la norma jurídica no considere la calidad de cada contratante, en base a principios que prohíben la discriminación sobre características personales, también debe ser considerado, sobre todo, sopesando la fragmentación del derecho contractual a lo largo de la toda legislación, sea civil, comercial, laboral, de seguros, derecho del consumidor, entre otras, en la que sí existen diferencias en las características de los contratantes en base al carácter que revisten los agentes, y no basado en sus cualidades personales (Spector, 2004).

Por ello, siempre dejamos a salvo la distinción cuando la relación contractual se da entre el empresario y el consumidor (B2C) o entre los propios empresarios (B2B).

3.1) Aplicación al comercio electrónico - confección de los contratos y contemplación de las contingencias

Kornhauser (2004) advierte sobre la utilización de modelos económicos, en los que se transforman las situaciones complejas en situaciones más sencillas, con el fin de que las relaciones lógicas entre los factores puedan ser comprendidas.

Sin embargo, se debe atender a la validez de los supuestos establecidos por dichos modelos, en el caso que nos ocupa, a las directivas o leyes modelo, siendo dable cuestionarse en qué medida los actores y las situaciones reales se ajustan a los supuestos del modelo; cuán sensible es el modelo a los supuestos y si cambiarán radicalmente las conclusiones si se cambiase un supuesto. (Kornhauser, 2004).

Por ello sostenemos que en los casos en los cuales, ni la armonización, ni la uniformidad brinden una solución adecuada, se recurra en forma complementaria a los conceptos del AED.

Garrido Cordobera (2006) destaca la reflexión que vale la pena realizar acerca del conflicto entre los valores eficiencia y equidad. Lo que conduce a pensar en los extremos del *laissez-faire* y el intervencionismo en la protección de ciertos intereses, como ocurrió en la Argentina con las leyes de emergencia de alquileres, así lo más difícil en una sociedad es alcanzar el equilibrio.

Esta autora ofrece una perspectiva del AED definiéndolo como:

...es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión". Así, el Derecho actúa *a posteriori* disponiendo cómo sería el contrato si las partes hubiesen actuado de manera inteligente en la previsión (2006, p.149).

Garrido Cordobera (2006) destaca la libertad de contratación dentro del marco de las normas de orden público y en respeto de los principios generales del derecho. Los contratantes, antes de buscar que el derecho predefina soluciones justas o equitativas respecto de los asuntos que los ocupan, preferirán buscar aquellas soluciones que tiendan a maximizar sus intereses individuales, y en consecuencia la ley aplicable.

El hecho de encontrarse los agentes integrantes de la relación contractual, habilitados para al elegir la ley aplicable, con todas las consecuencias que ello implica, también constituirá un punto de negociación, antes, durante y después de la relación contractual, que permitirá colocar a una o a todas las partes en mejor posición.

También puede darse el caso de aquellas partes que prefieran elegir un determinado ordenamiento jurídico que otorgue mayor libertad de negociación en material contractual. Pues, de acuerdo a Barcía Lehmann, (2004) los defensores del AED, sostienen algunas razones por las cuales no es adecuada la justicia distributiva como objetivo en materia de derecho contractual, e incluso en ciertas ocasiones es negativo. La regulación del contrato en específico podría llegar a desincentivar la actividad económica respecto al contrato regulado e incentivar a los individuos a invertir en contratos no regulados. Por lo tanto, el objetivo de la justicia distributiva se vería desdibujado y en consecuencia los niveles de riqueza de la sociedad en su conjunto se verían reducidos.

En ciertos casos, los criterios de justicia o equidad que sustentan las normas jurídicas en materia contractual podrían verse debilitados frente al criterio de racionalidad maximizadora de los individuos.

Según Barcía Lehmann (1998) uno de los grandes aportes del Análisis Económico del Derecho se refiere al estudio de la no-ejecución del contrato. El objetivo de este concepto radica en evitar el cumplimiento forzado en virtud del principio de la eficiencia. El autor explica que el incumplimiento eficiente del contrato se produce cuando el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, menos los costos de incumplimiento, es mayor a los beneficios de cumplir con el contrato y lo que determina el costo del incumplimiento son los recursos que las partes invierten en el cumplimiento del contrato.

La mayoría de los instrumentos contractuales prevén sanciones por incumplimiento. En este sentido, si bien en ciertos contratos se prevé una innumerable cantidad de cláusulas, en otros, resulta suficiente con individualizar a qué ley se someterán las partes. Y teniendo en cuenta, como bien puntualiza Stordeur (2011), que una de las ventajas de contar con una norma que establezca una sanción eficiente por incumplimiento contractual es que aquella disminuirá los costos de transacción, esta sanción será la que las partes eventualmente hubieran elegido dentro del marco de la autonomía de la voluntad. Los empresarios, a todas luces, contemplarán dentro de los riesgos, cuál será eventualmente la ley aplicable y su correspondiente sanción a las obligaciones incumplidas, pues esa circunstancia modificará sustancialmente toda la vida de la relación contractual de que se trate.

Por un lado, el Derecho Internacional Privado, ha sido considerado, a partir del modelo conflictual o savignyano, el cual construye las normas identificando el ordenamiento más estrechamente vinculado con la relación individual; y por el otro lado el modelo “*governmental interest analysis*”, el cual indaga en el contenido material de los ordenamientos vinculados con la relación material, y busca cuál de todos los Estados es el más interesado en regularla. Pero, también se puede recurrir a un tercer criterio, y es aquel que pretende explicar las normas de Derecho Internacional Privado y ofrecer criterios normativos para resolución de conflictos considerando la función económica que deben realizar las normas jurídicas (Heredia Cervantes, 2001).

Stordeur (2011) advierte que, dado que la actividad de contratar, constituye de por sí una actividad costosa, las partes sólo incluirán en el contrato aquellas cláusulas que contemplen los eventos que tengan mayor probabilidad de afectar el valor del mismo o su cumplimiento. Esa es la razón por la cual, algunas personas, sólo incluyen aquellas cláusulas que impliquen un costo menor que la probabilidad de ocurrencia de la contingencia que afecte el cumplimiento del contrato multiplicada la cuantía esperada de aquella. Para ello, existen las reglas supletorias del derecho contractual, que ayudan a completar las lagunas o vacíos que han dejado las partes en los instrumentos. Este autor da el ejemplo de la utilización de un pagaré como instrumento de una transacción comercial. Si las partes debieran contemplar todas las contingencias que pudieran ocurrir en virtud de aquel instrumento, los costos de transacción serían muy altos, para ello se recurre a las reglas supletorias del derecho contractual, que además, facilitan el afianzamiento de la seguridad jurídica.

4) Conclusión

Desde la posibilidad de operar por medio de Internet, especialmente en las relaciones B2B, como ya dicho en las primeras líneas del presente trabajo, el empresario reduce notablemente los costos de transacción, pero mientras la determinación de la ley aplicable sea incierta o dudosa, la situación no resulta ser Pareto superior, es decir, en el caso, ciertos agentes económicos se benefician con la incertidumbre o la elección de la ley aplicable, perjudicando a otros agentes.

En términos jurídicos diríamos que una de las partes se beneficia en perjuicio de la otra. Aquí el Derecho y la Economía, a través del Derecho Internacional Privado, la armonización legislativa y el Análisis Económico del Derecho, en ese orden de prioridad de aplicación, se complementan a fin de brindar soluciones más eficientes y justas.

Destacamos que el orden de prioridad establecido, se debe a que, encontrándose las normas de Derecho Internacional Privado previstas en los distintos ordenamientos jurídicos, se deberá acudir a él en primer término para resolver los conflictos que se susciten. No existe razón para apartarse de aquél si el conflicto puede ser solucionado por esa vía. Además, permite que los distintos ordenamientos sean competitivos jurídicamente, como ya fuera dicho precedentemente, estableciendo normas de protección o siendo más favorables en un sentido o en otro. Respecto a la armonización legislativa, destacamos que, si bien no modifica el derecho sustancial, sí hará a la previsibilidad negocial, por cuanto, si la ley aplicable no está definida en el contrato, si la relación es resuelta por cualquier ordenamiento, la norma de conflicto no variará. Y por último, la aplicación en forma supletoria, por tratarse, por el momento de una herramienta de *soft law*, del Análisis Económico del Derecho, procurará que la relación contractual, sea más eficiente a todas las partes intervinientes en el contrato.

Si bien la uniformidad a la que acude el continente europeo, responde a una coherencia jurídica que permite que como región comercial y económica, los intercambios y las relaciones bilaterales entre los Estados miembros y otros Estados sean más fluidos, no por ello debemos quitarle mérito a la armonización, que se adapta mejor a los patrones culturales americanos, manteniendo los Estados una suerte de autonomía cultural-jurídico legislativa. Coincidimos con Rodríguez (2011) en que la armonización en sentido amplio, permitirá a nuestra región la agilidad de los negocios y la atracción de nuevas inversiones.

5) Bibliografía:

Barcía Lehmann, R. (1998). Los contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Ius et Praxis*, Año 4 (2), (pp. 149-176). Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19740209.pdf>.

Barcía Lehmann, R. (2004). Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Cuadernos de análisis jurídico: Colección derecho privado. T. 1. Temas de responsabilidad civil. Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales. Recuperado de http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/efectos_barcia.PDF

Cabanellas, G. (2006). El Análisis Económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. En: V. Kluger (comp). *Análisis Económico del Derecho*. (pp. 21-37). Buenos Aires: Heliasta.

Cooter, R. y Ullen, T. (1998). Derecho y Economía. 1° ed. en español, México: Fondo de Cultura Económica.

Feldstein de Cárdenas, S. et al (2008). Internet y Derecho aplicable. En: *Contratación electrónica internacional – una mirada desde el Derecho Internacional Privado*. (pp. 154-164). Universidad de Buenos Aires. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-comercio_electronico.pdf

Garrido Cordobera, L. M. R. (2006). La negociación contractual y el Análisis Económico. En: V. Kluger (comp). *Análisis Económico del Derecho*. (pp. 143-154). Buenos Aires: Heliasta.

Heredia Cervantes, I. (2001). Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web. Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de http://digitool-uam.greendata.es//exlibris/dtl/d3_1/apache_media/L2V4bGlicmlzL2R0bC9kM18xL2FwYWNoZV9tZWVpYS8xNDIyMw==.pdf

Kornhauser, L. A. (2004). Derecho de los Contratos. En: H. Spector (comp). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. (pp. 110-163). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Kluger, V. (comp) (2006). *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta.

Lima Marques, C. (2001). La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos los contratos y relaciones de consumo. Organización de los Estados Americanos (OEA). Recuperado de http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

Montoro Ballesteros, A. (1999). Incidencia del análisis económico del Derecho en la teoría jurídica: la reducción del Derecho a regla técnica. Universidad de Navarra, *Persona y Derecho*, Vol. 40, Navarra, España. Recuperado de <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/13875>

Roca Guillamón, J. (2012). Armonización, unificación y modernización del derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión). Asociación de Profesores de Derecho Civil, XVI Jornadas, 16 y 17 de octubre de 2012. Zaragoza, España. Recuperado de <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>

Rodríguez, M. S. (2011). El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. *Revista Científica*, 2012 Vol. XV (1) – Otoño 2011, pp. 112-143.

Sanchez Lorenzo, S. (2003). La unificación del derecho contractual europeo vista desde el Derecho Internacional Privado. Universidad de Granada, España. Recuperado de <http://digibug.ugr.es/handle/10481/15121>

Spector, H. (comp) (2004). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Spector, H. (2006). Justicia y bienestar desde una perspectiva de Derecho Comparado. En: V. Kluger (comp). *Análisis Económico del Derecho*. (pp. 39-58). Buenos Aires: Heliasta.

Stordeur, E. (h.) (2011). *Análisis Económico del Derecho. Una introducción*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.

Thurow, L. (1996). *El futuro del capitalismo*. Trad. Federico Villegas. Javier Vergara Editor, Avellaneda, Buenos Aires, Argentina.