

Seminario “Informática, comercio electrónico y derecho”

La protección del consumidor en la contratación por internet

Gabriel Stiglitz e Rubem Stiglitz

“Nuestro modesto testimonio al gran Profesor de América, Clóvis do Couto e Silva.”

1. La vigencia de las normas generales sobre defensa del consumidor.

Entrando en el tema de la defensa de los consumidores en la contratación electrónica, por internet, caben un par de reflexiones iniciales.

Plantear las dificultades que para la defensa del consumidor, genera una cuestión tan novedosa y con aristas verdaderamente complicadas.

Teniendo en cuenta que el propio derecho del consumidor es bastante novedoso entre nosotros, que apenas desde el año 1993 contamos con normas específicas desde el punto de vista legislativo y desde 1994 reconocimiento constitucional. Y que siguen sin resolución, a gran escala, algunos temas clásicos de la defensa del consumidor, al margen de los enormes esfuerzos de nuestra jurisprudencia.

Muchos de los clásicos y cotidianos temas que tienen que ver con agresiones, abusos y lesiones sufridas por los consumidores y usuarios en las relaciones con los empresarios, siguen, -insisto-, sin tener una respuesta, sobre todo a gran escala, y por lo tanto mayor es todavía la complejidad para encontrar soluciones a cuestiones tan novedosas como las que genera el comercio electrónico, la contratación por Internet, etc.

Desde luego que no existen en Argentina normas específicas relativas a la defensa del consumidor en este ámbito de la contratación electrónica, con la salvedad del art. 32 y siguientes de la ley de defensa del consumidor, referido en general, a los contratos celebrados fuera de los locales comerciales, pero que en particular se aplican también a estas técnicas de contratación por medios electrónicos específicamente, vía Internet.

Pero en verdad toda la legislación vigente en Argentina en materia de defensa del consumidor, es de aplicación a estas relaciones de contratación por Internet, en la medida que sean relaciones de consumo, vale decir que se traten de contrataciones por Internet celebradas entre consumidores y empresarios.

Vale decir, como primera pauta de acotamiento de nuestra normativa, estamos hablando de reglas específicas para la defensa de los adquirentes por Internet, en la medida en que estos sean consumidores, que hayan contratado con empresas. Excluyendo por ende las contrataciones inter-empresariales que también se realizan habitualmente (con mayor habitualidad incluso), por estos mecanismos electrónicos.

Hablamos sólo de la defensa de los consumidores, por lo tanto, la contratación entre consumidores y empresarios por medio de mecanismos electrónicos.

Porque este es desde luego, el ámbito de aplicación, no sólo de nuestra ley de defensa del consumidor, artículos 1º y 2º, me refiero a la ley 24240 que rige en todo el país desde el año 1993. Sino que en verdad, todas las leyes de defensa del consumidor del mundo excluyen de su ámbito de aplicación aquellas adquisiciones de productos y servicios que no son para un consumidor final, o sea para un destino personal o familiar, sino que son para incorporar en una cadena de comercialización, es decir contrataciones entre empresas.

Desde luego, estamos sí incluyendo a las personas jurídicas como consumidores, en la medida que no se adquieran los productos o servicios para incorporarlos en su sistema de producción.

Por ende, la primera conclusión es la siguiente: ante la ausencia de normas específicas -en nuestro país- que rijan la defensa de los consumidores en la contratación electrónica, son de aplicación todas, absolutamente todas, las normas de la ley de defensa del consumidor 24.240.

Lo destacable es buscar cuáles de esas normas o instituciones de la ley de defensa del consumidor, tienen una vinculación más estrecha con la problemática que puede generar la contratación por Internet.

2. Aspectos de la defensa del consumidor en la contratación electrónica.

a) Desde luego que la primera de las cuestiones, es la relativa a los contratos celebrados fuera de los locales comerciales, arts. 32 y siguientes, que conforman un microsistema de protección a los consumidores, facultándolo a un arrepentimiento durante un plazo de 5 días desde que se celebró el contrato.

Sin perjuicio que otras cuestiones de la ley de defensa del consumidor, pueden ser de enorme utilidad para la protección de los adquirentes en la contratación por Internet.

b) Las relativas a las garantías de los productos y servicios. Garantías relativas al carácter satisfactorio de los mismos para la finalidad a la que están destinadas.

c) También lo relativo a cláusulas abusivas y fundamentalmente la cláusula de prórroga de la competencia que tiene mucha importancia en la contratación por Internet. Estando en juego, en la contratación electrónica, lo atinente a la ley aplicable y a la jurisdicción aplicable, se hace elocuente la relevancia que pueden tener las cláusulas de prórroga de la competencia, por las que se intente una sumisión expresa del adquirente, a los tribunales del país donde se realiza la venta por Internet.

Y otras cláusulas abusivas que son habituales en muchos contratos de consumo y que encuentran solución a favor del consumidor, en el art. 37 y siguientes de nuestra ley de defensa del Consumidor.

d) Nos referiremos también a ciertas circunstancias que son relevantes en la contratación por Internet, que son los derechos del consumidor y correlativos deberes de los empresarios en torno a la información sobre los productos y servicios, que en una contratación a distancia es verdaderamente trascendente. A las publicidades engañosas sobre las características de productos y servicios.

e) Asimismo, algunas referencias a la responsabilidad civil en que pueda incurrir el vendedor por internet, con motivo de deficiencias o defectos en los productos o servicios que adquiere el consumidor.

Finalmente, formularemos un par de referencias a las normas más modernas que se van generando a nivel universal en materia de defensa del consumidor en la contratación electrónica, que son las de la Unión Europea. Y qué es lo que en el Mercosur se está tratando de hacer, a través de un Comité de Defensa del Consumidor que existe en el Grupo Mercado Común y que tiene en agenda (no más que eso, por ahora), el tema del comercio electrónico.

3. Regulación de los contratos celebrados fuera de los locales comerciales.

a) La cuestión en la ley 24.240.

El tema está específicamente previsto en la ley 24.240. En efecto, la única norma de la ley de defensa del consumidor que se refiere a medios electrónicos de contratación es el artículo 32 y siguientes. Ese microsistema que denominamos "ofertas fuera de los locales comerciales".

Es una de las claves de la ley de defensa del consumidor, no sólo desde el punto de vista del comercio electrónico, sino de las otras técnicas de comercialización fuera de los locales comerciales, que son muchas.

Clásicamente comenzaron diseñándose ciertos mecanismos agresivos de marketing

a domicilio, o por correspondencia, o en los lugares de trabajo. Años después comenzó a ser muy habitual la venta a través de la televisión, del teléfono, y finalmente apareció la temática del comercio electrónico como hipótesis de venta fuera de los locales comerciales.

b) Ofertas de consumo en la vía pública.

Y también hoy recrudecieron las ventas en la vía pública. Esto preocupa al movimiento de defensa del consumidor y a los organismos de aplicación de la ley de defensa del consumidor.

Ya no son sólo aquellas clásicas ventas ambulantes de productos alimenticios, etc. (que tanto generaron necesidades de controles administrativos, etc.). Sino que hoy también hay ofertas de otros tipos de productos y servicios, como por ejemplo el tiempo compartido o la telefonía celular.

Y son verdaderamente muy compulsivos, muy agresivos y con un entorno de engaño a los consumidores. Sobre la base de sorteos que se simulan, o de la firma de formularios en blanco. Siempre con la indicación del número de tarjeta de crédito y con autorización del débito automático.

Y la historia que todos conocemos, que termina con la deuda con la telefonía celular, y por supuesto la muerte civil que significa la incorporación en la Organización Veraz con motivo de esta condición de mora respecto de estas empresas.

Todo esto generado nada más que por la técnica compulsiva de comercialización, porque las personas que sufren estas agresiones o lesiones, no tenían -minutos antes de firmar esos formularios-, intención alguna de adquirir un teléfono celular o un tiempo compartido. Y solamente la seducción de esos mecanismos de marketing es la que generó la adquisición.

c) La solución legal

De moto tal que la situación es grave y por suerte todas las legislaciones del mundo en materia de defensa del consumidor, detectaron estos sistemas de comercialización fuera de los locales comerciales como una de las hipótesis de litigiosidad o conflictividad mayores en las relaciones de consumo.

Con soluciones no terminantes, no contundentes, pero por lo menos tendientes a otorgar al consumidor la posibilidad de reflexión adicional, para compensar la ausencia de espontaneidad en la decisión.

Lo que hace el Derecho, es de otorgar un plazo de reflexión, y esto es lo que establece la ley de defensa del consumidor en su art. 32 y siguientes. Cinco días como plazo de reflexión, -siguiendo todo el derecho comparado-, para que el consumidor pueda ejercer el derecho de arrepentirse y rescindir unilateralmente el contrato sin ninguna responsabilidad a su cargo.

O sea, una norma que, en protección de los consumidores, modifica las soluciones genéricas de los Códigos Civil y Comercial: rescisión unilateral sin responsabilidad alguna en contra del consumidor. Ni siquiera responsabilidad por el uso normal que le haya dado

La protección del consumidor en la contratación por internet

al producto, durante ese lapso en el que estaba facultado para arrepentirse y rescindir el contrato.

De manera tal que la clave, -que mencionan las normas de la Unión Europea-, consiste en informar adecuadamente al consumidor sobre su derecho de arrepentimiento, durante este lapso de cinco días.

Porque en verdad, la ausencia de ejercicio de este derecho de arrepentimiento (y de la consiguiente rescisión), no significa que reine la equidad en las técnicas de comercialización.

Si nos ponemos a pensar que en la Argentina son muy pocos los consumidores que (luego de comprar a través de mecanismos fuera de los locales comerciales) ejercen el derecho de arrepentimiento, no es porque en la calle, o por vía internet, le hayan informado adecuadamente sobre el derecho de arrepentimiento. Esa ausencia de ejercicio de los derechos tampoco significa que las cláusulas sean equitativas, que las publicidades sean veraces. Ello ocurre porque se desconoce el derecho de arrepentimiento consagrado por el art. 32 y siguientes de la ley de defensa del consumidor.

De modo que en una futura reforma legislativa, sería ideal que pudiera exigirse información específica respecto de este derecho de arrepentimiento en todos los contratos celebrados fuera de los locales comerciales.

Y a nivel de comercio electrónico y contratación por Internet, sería muy importante -como ya existe en Europa por imperio de las normas supranacionales de la Unión Europea, que los portales que ofrecen estos mecanismos de contratación, incluyan una leyenda absolutamente legible, en torno a la posibilidad del consumidor de ejercer el derecho de arrepentimiento durante ese plazo de cinco días.

No es una solución absolutamente contundente, porque las deficiencias de información, porque está condicionada por esa ausencia de conocimiento de sus derechos por parte de los consumidores.

Además, por la exigüidad del plazo de cinco días, que es realmente breve. Parece más razonable elevarlo a diez, o al menos a siete, como establecen otras normas del derecho comparado.

Todos estos obstáculos generan que la mayoría de los consumidores queden sin solución, a pesar de haber sido víctimas de una técnica compulsiva de comercialización.

d) Conclusión

En definitiva, no es un capricho esto de distinguir entre la categoría de la contratación dentro de los locales comerciales, por un lado, y fuera de los locales comerciales, por el otro.

No es un capricho, porque se parte de la base que un consumidor que contrata en un local comercial, ha ejercido definitivamente y completamente esa espontaneidad en la decisión, en la elección sobre si contratar o no, y sobre todo, con quién contratar. Porque por algún motivo concurrió a ese local comercial.

Mientras que el que contrató fuera del local comercial (a través de cualquiera de

las técnicas que mencionamos), en mayor o menor medida, ha tenido un nivel menor de espontaneidad en la decisión.

Y por eso es bueno que incluso, en la contratación por Internet, exista este derecho de arrepentimiento tal como surge de los arts. 32 y siguientes de la ley de defensa del consumidor.

e) La cuestión de los débitos automáticos.

Párrafo aparte merece la solución del art. 35 de esta ley 24240.

Porque se refiere a una técnica de comercialización, que también puede estar vinculada al comercio electrónico.

Se trata del envío de productos no solicitados por los consumidores, a través de un sistema de débito automático, que les exija pronunciarse por la negativa para dejar sin efecto la relación contractual.

Técnica que en principio estaría vulnerando las disposiciones del propio Código Civil, en cuanto al sentido que debe otorgarse al silencio como manifestación de voluntad. Pero afortunadamente, la ley de defensa del consumidor (que desde luego es más protectora que el propio Código Civil), trajo una norma específica, que es este art. 35. Que brinda una solución terminante y es la prohibición de ese tipo de prácticas.

Esas prácticas que acabamos de calificar, están absolutamente prohibidas y por lo tanto ese acto es nulo y el derecho de restitución del consumidor no está condicionado ni sometido a un plazo.

Insisto en que las prohibiciones se refieren a estas prácticas por las cuales, en primer lugar, se envía al consumidor un producto no solicitado (esto es muy habitual con algunas tarjetas de crédito, libros, revistas, etc.).

Primero, entonces, envío de productos que no han sido solicitados por el consumidor. Segundo, sistemas de débito automático para el pago de los mismos. Y tercero, la exigencia de pronunciarse por la negativa para evitar el perfeccionamiento de ese contrato.

De una u otra forma, tenemos que llegar a la conclusión que a través del comercio electrónico se generan contrataciones de este tipo. Y por lo tanto, la compraventa de mercaderías que se realizan a través de Internet, en las cuales se den estas tres condiciones, son nulas en el derecho argentino. Porque están prohibidas por el art. 35 de la ley de defensa del consumidor.

4. Garantías de los productos y servicios

Para el análisis de las normas en materia de garantías, partiremos -una vez más- de la base de las contrataciones por internet, a las cuales se aplica la ley argentina, desde el ámbito de la defensa del consumidor.

De todas maneras, existe en materia de defensa del consumidor, una base común, en toda legislación comparada. En función de la cual, casi todas las soluciones que aquí

La protección del consumidor en la contratación por internet

estamos desarrollando, son similares a las de las legislaciones de la mayoría de los países del mundo, que tienen normas específicas sobre defensa del consumidor.

Y en materia de garantías, la Argentina llegó a una solución importante -que en principio había sido vetada en el año 1993-. Me refiero al art. 13 de la ley 24.240, que establecía la obligatoriedad de las garantías.

Afortunadamente, a pesar del veto, luego el parlamento volvió a legislar sobre el tema y esa misma norma quedó vigente. Por lo tanto, a través de sucesivas modificaciones de la ley de defensa del consumidor, recuperamos algunas normas, y entre otras al art. 13. Que establece que todos los productos de uso durable, tienen una garantía legal obligatoria por un mínimo de tres meses.

De modo que los productos que se vendan por internet, aplicándose la ley argentina, tienen una garantía legal obligatoria de tres meses, sin perjuicio de la garantía voluntaria convencional que por un lapso mayor brinden los fabricantes y/o vendedores.

De manera que esto es fundamental, porque no necesitamos -como ocurría antes de la ley de defensa del consumidor-, acudir a la idea de la obligación tácita de garantía u obligación de seguridad, que estaba latente (según nuestra doctrina y jurisprudencia) en el principio de la buena fe del art. 1198 del C.C.

La obligación de garantía, en función de la cual los productos y servicios deben ser aptos para satisfacer la finalidad a la que estaban destinados. Ello tiene que ver con la satisfactoriedad, con la durabilidad, con la fiabilidad. Y desde luego, no ocasionar daños en las personas o en los bienes del consumidor que lo adquirió.

Y al margen de garantía establecida por el art. 13 y siguientes de la ley de defensa del consumidor, me parece muy importante la solución que brinda el art. 17 de la ley 24240, para los casos en los cuales falló el producto y también falló la reparación (o sea el service post-venta). La norma del art. 17 habla en singular, habla de "la" reparación, por lo tanto basta con que una sola vez haya fracasado el service post-venta.

En estos casos, el consumidor pasa a tener una triple opción:

- entre la devolución del precio,
- el reemplazo del producto por uno nuevo de idénticas características y en buen estado, y
- en tercer lugar, una reducción proporcional del precio.

De manera que por la vigencia de la ley de defensa del consumidor, art. 17, todo consumidor y en particular también el adquirente de un producto por internet, tiene derecho en la Argentina, en el caso en que el mismo sea insatisfactorio (y que el service post-venta sea también insatisfactorio), a ejercer esta triple opción que mencionábamos.

5. Cláusulas abusivas

a) Regulación legal

El problema de las cláusulas abusivas es seguramente el más importante, desde el punto de aplicación práctica, sobre todo desde la jurisprudencia. Sobre todo la

jurisprudencia nacional de la Capital Federal, e incluso antes de la vigencia de la ley de defensa del consumidor.

Muchas cláusulas abusivas fueron anuladas por nuestros tribunales, sin una ley específica, simplemente por aplicación de las normas generales que prohíben el abuso del derecho, el principio de la buena fe del art. 1198, etc.- Se generó toda una construcción doctrinaria y jurisprudencial en Argentina, en función de la cual determinadas cláusulas, fundamentalmente las limitativas de responsabilidad (pero también las de prórroga de la competencia, etc.), en determinadas circunstancias fueron anuladas por nuestros tribunales.

Y desde luego que esta tendencia se multiplicó desde la vigencia de la ley de defensa del consumidor, porque el art. 37 y siguientes de la norma tienen un sistema especial, relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Es una norma bastante escueta, a diferencia de otras que en el derecho comparado, establecen un enunciado de veinte o treinta tipos de cláusulas abusivas, que los jueces deben anular de pleno derecho.

La norma argentina, en su art. 37, es mucho más general. Trae un par de conceptos, e incluso la reglamentación de la ley (en el art. 37). En función de esos conceptos, los jueces han generado una riqueza en torno a la calificación de abusividad en las cláusulas.

La ley se refiere únicamente, de modo específico, a las cláusulas de:

- exoneración de responsabilidad, que son desde luego las más habituales, y
- también a las cláusulas de inversión de la carga de la prueba.

Pero permite también (el art. 37) a los jueces, disponer la nulidad de una cláusula abusiva, en función de tres o cuatro pautas generales, que la misma norma establece.

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones. Que es la misma fórmula que tenía el primer proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1987, que también fue vetado por el ex presidente.

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos de los consumidores.

c) Las cláusulas que importen ampliación de los derechos de los empresarios predisponentes.

d) Y finalmente, como dice el art. 37 del decreto reglamentario de esta ley de defensa del consumidor, las cláusulas que impliquen una fractura en la relación de equivalencia entre los derechos y obligaciones de empresarios y consumidores.

Lo que pensamos es que con semejantes pautas abiertas, verdaderamente el Poder Judicial puede, -y de hecho lo está haciendo-, anular una serie de cláusulas abusivas, aún cuando no están incorporadas en este elenco específico del art. 37 de la ley.

b) Cláusulas de prórroga de la competencia

Y una de ellas es la cláusula de la prórroga de la competencia, que tiene una enorme trascendencia en esta problemática de la contratación por Internet.

Porque verdaderamente estamos hablando de prórroga de competencia desde el punto de vista internacional. Y no sólo en la comparación de distintas jurisdicciones

La protección del consumidor en la contratación por internet

territoriales del mismo país, que de por sí también es preocupante.

Porque muchos fallos de nuestros tribunales (en materia de contratación bancaria, en materia de seguros y también de ahorro previo), han dispuesto la nulidad por abusivas de las cláusulas de prórroga de competencia, a pesar del facultamiento genérico que establecen nuestros Códigos Procesales, tanto en la Nación como en la Provincia de Buenos Aires.

Pero con la salvedad de que esos facultamientos son :

- por un lado, genéricos, y
- por otro lado, están pensados para contrataciones paritarias, en las cuales, en igualdad de condiciones, ambas partes discuten las condiciones del contrato, los derechos y obligaciones a los cuales se someten.

Pero en cambio, ello no ocurre en los contratos de consumo, celebrados por adhesión a condiciones generales, a través de cláusulas predisuestas unilateralmente por los empresarios, que tienen sus casas matrices en la Capital Federal y también sus staff de abogados en la Capital Federal.

Prorrogar la competencia desde Avellaneda a la Capital Federal es una cosa, prorrogarla desde Chubut o desde Formosa, es otra. Incluso desde Mar del Plata, es otra cosa.

Y digo Mar del Plata, porque esa Cámara Civil y Comercial es una de las que primero comenzó a aplicar la ley de defensa del consumidor prohibiendo en los contratos bancarios y de seguros las cláusulas de prórroga de la competencia.

En materia internacional esto reviste mayor gravedad. Y por lo tanto, parece importante que estemos atentos en el sentido en que en la contratación por Internet, las cláusulas de prórroga de competencia, por medio de las cuales el consumidor se somete expresamente a la jurisdicción de los tribunales del país en donde se realiza la venta, verdaderamente podrían ser anuladas por abusivas en función de las distintas pautas abiertas en el art. 37 de la ley de defensa del consumidor.

c) Otras cláusulas abusivas

Y no sólo las cláusulas de prórroga de competencia.

Sino toda otra que en los contratos por Internet, pueda significar renuncia o restricción a los derechos de los consumidores.

Por ej., las cláusulas limitativas de responsabilidad, que son muy habituales, incluso en los contratos por Internet. En los cuales el empresario vendedor pretende exonerarse de responsabilidad, no sólo por los daños al consumidor, sino también por la ausencia de satisfacción del producto vendido por Internet.

Y por lo tanto, esas cláusulas limitativas, son específicamente nulas. Porque las prohíbe explícitamente el art. 37.

Lo mismo, la inversión de la carga de la prueba y algunas otras cláusulas que afectan derechos procesales constitucionales del consumidor, protegidos no sólo por el art. 42 de la C.N. (que reconoce los derechos de los consumidores y usuarios), sino también

por el artículo 18 C.N..

Porque muchas cláusulas abusivas en los contratos de consumo, vulneran no sólo los derechos sustanciales de los consumidores y usuarios. Sino derechos procesales de raigambre constitucional, que tienen que ver con la defensa en juicio.

Y por lo tanto no es sólo el art. 42, sino el 18 de la C.N., que estarían infringidos, cuando en los contratos por adhesión, en las relaciones de consumo, en determinadas circunstancias, derechos de índole procesal sean restringidos a través de este tipo de cláusulas abusivas.

6. Información sobre los productos y servicios

a) Reglas generales

El tema de la información es uno de los más importantes en materia de defensa del consumidor.

Clásicamente, en los años 60, cuando recién se comenzaba a hablar de la defensa del consumidor, los autores tradicionales, los primeros doctrinarios del derecho del consumidor (incluso el movimiento de defensa del consumidor y las primeras asociaciones de defensa de consumidores que funcionaron en nuestra región a principios de los años 70), casi resumían la defensa del consumidor, como sinónimo de derecho de información.

Y todavía hoy, sigue teniendo una relevancia verdaderamente invasiva.

Porque está claro que :

a) si los empresarios cumplieran con el deber de información impuesto por los arts. 4 y 6 de la ley de defensa del consumidor (y por los arts. 5 y 9 de la ley de lealtad comercial Nro. 22808), y

b) si los consumidores gozaran de un respeto irrestricto a su derecho a recibir una información adecuada y veraz (que tiene raigambre constitucional porque fue incorporado en el art. 42 de la C.N. en la reforma del año 1994).

Verdaderamente pocos, o muchos menos, serían los conflictos en las relaciones de consumo.

Porque el consumidor, adecuadamente informado sobre las características de los productos y servicios, sobre el modo de uso y sobre los riesgos que muchos productos y servicios pueden acarrear (incluso a su salud y seguridad), estarían verdaderamente exentos de contratar eligiendo inadecuadamente.

Y conocedores de los derechos y obligaciones a los que están sometidos, es decir de los contenidos contractuales (y fundamentalmente de las cláusulas generales en los contratos por adhesión), estarían exentos de sufrir las inequidades que las cláusulas abusivas provocan.

Y así sucesivamente, el cumplimiento del deber de información, dejaría a la cuestión de la defensa del consumidor apenas con un par de conflictos residuales. Que no habrían sido posibles de evitar a través de estos deberes informativos.

Que comienzan incluso con el deber de educar desde las escuelas primarias y secundarias a los consumidores y usuarios, como establece la C.N. y la ley de defensa del consumidor.

La protección del consumidor en la contratación por internet

b) La información en el comercio electrónico.

En materia de contratación por Internet y comercio electrónico, cabe resaltar la relevancia que tienen estos deberes de información. Por la ausencia de intermediación entre las partes, que no se conocen, que no tienen otra vinculación que esa relación a través de Internet. Y porque no hay otra forma de recibir información, que por esa misma técnica de comercio electrónico.

Porque -insisto- a través de contrataciones por técnicas tradicionales, la información se puede recibir a través de la publicidad comercial, a través de la identificación de mercaderías (que son los sistemas de etiquetados, envoltorios, folletos, prospectos, etc.). Se puede recibir "in voce" del vendedor. Se puede recibir, porque se entrega en el acto una copia del instrumento contractual. Y se puede lograr esa información a través de distintos mecanismos.

Pero a través del comercio electrónico, en la contratación por internet, es el mismo sistema de perfeccionamiento del contrato, el que brinda (o no brinda) toda la información que se debe brindar.

Y por lo tanto el cumplimiento de los deberes informativos se hace especialmente relevante.

Y también se hacen especialmente graves los abusos o engaños a través de la publicidad que se realiza por Internet. Y que muchas veces son el prolegómeno de la contratación electrónica.

Y preocupan mucho, verdaderamente, en el movimiento universal de defensa del consumidor, las cuestiones que genera la contratación electrónica. Por un lado, en general. Pero específicamente, por sobre todas las cosas, la publicidad engañosa a través de Internet. Que es la que reemplaza a las técnicas compulsivas en la contratación, más tradicionales, o más de entregasa.

De modo que la aplicación de nuestras normas de la ley de defensa del consumidor, en torno al deber de información (y la ley de lealtad comercial en cuanto prohíbe los engaños en la identificación de mercaderías y las publicidades comerciales), es absolutamente relevante para solucionar uno de los problemas más elocuentes que plantean para los consumidores los contratos a través de Internet.

7. Responsabilidad civil

Finalmente, cabe referirse a la responsabilidad por los contenidos de las operaciones electrónicas.

Vale decir, por los productos o servicios que los consumidores adquieren a través de Internet.

Desde luego que el régimen aplicable es el general, que establece la ley de defensa del consumidor (en el art. 40) sobre daños derivados de los productos y servicios.

En Argentina, -esto es realmente muy importante-, los vendedores por Internet (de cualquier país del mundo), están sometidos a una de las leyes más rigurosas, en

materia de responsabilidad por productos y servicios, que existen en el mundo.

Y que costó mucho trabajo, y tiene una pequeña historia que se puede resumir. Es la historia que se escribió antes de la sanción de la ley de defensa del consumidor. Cuando aparecieron en Argentina las primeras hipótesis de daños derivados de productos elaborados. Sobre todo un par de fallos de la Justicia ordinaria de La Plata, por sendas hipótesis de botulismo que se presentaron en un mismo restaurante (con diez años de diferencia), primero por unos morrones envasados y después por unos palmitos envasados.

Y sin una ley de defensa del consumidor, se fue generando (también en la doctrina) la discrepancia en torno a si se aplicaba o no el art. 1113 C.C., a estas hipótesis de responsabilidad por daños derivados de productos.

Lentamente, la doctrina y la jurisprudencia fueron avanzando hacia la aplicación del art. 1113 C.C., si bien el fabricante no es dueño o guardián en el momento del daño.

Sin embargo, la idea que introdujo Trigo Represas en esta materia de responsabilidad por productos, es que el art. 1113, establece que la responsabilidad se extiende a aquel que se sirve de las cosas. Y en definitiva la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, lo fue en el sentido de que el fabricante se sirve de esa cosa durante todo el trayecto de la cadena de comercialización (aún cuando no sea en sentido estricto dueño o guardián en el momento del daño).

Y por eso, más el aporte de Zannoni, de Mosset Iturraspe y otros juristas (que fueron dejando de lado la primera concepción de Llambías y Bustamante Alsina), más todos los fallos judiciales que se pronunciaron a favor de la responsabilidad objetiva, en la Argentina quedó absolutamente claro que se aplicaba el 1113 y por lo tanto la responsabilidad por el producto es objetiva.

Pero quedaban unas asignaturas pendientes y la ley de defensa del consumidor las tenía que superar.

En primer lugar, algunos fallos muy excepcionales que fueron contrarios a los intereses de los consumidores, en casos de daños derivados de productos. Hubo un caso muy sonado de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, con voto del Dr. Alberti, vinculado a un automotor Fiat.

Y también el problema que generaban los daños derivados de los servicios, porque en verdad el 1113 C.C., podía aplicarse a los daños derivados de productos (que son cosas, riesgosas o viciosas), pero no podía aplicarse a los daños derivados de servicios (que no son cosas).

Y por lo tanto, quedaba la necesidad de una norma específica, a pesar del consenso sobre la aplicación del 1113.

Entonces el art. 40 lo consagró de un modo contundente y ahí comenzamos a respirar tranquilos, quienes desde hace muchos años estábamos trabajando por la defensa del consumidor.

Respiramos tranquilos por diez días, hasta que el entonces presidente vetó ese artículo 40 (como todos los artículos principales, que habían sido legislados casi por unanimidad de ambas cámaras, cuando se sancionó la ley 24240).

La protección del consumidor en la contratación por internet

Tuvimos que esperar cinco años más, cuando el mismo ex presidente (cansado de vetar normas y despidiéndose de su magistratura), dejó la misma norma sin vetar. Porque el art. 40 que hoy nos rige, se sancionó en el año 1998 (por la modificación introducida por la ley 24999), e incorporó el mismo artículo 40, en los mismos términos en que había sido vetado en su versión originaria.

Y lo importante es que, -como decíamos-

- Primero, se trata de una norma específica, que trata de la responsabilidad objetiva por daños derivados de productos y servicios. Por lo tanto parece imposible encontrar -en la doctrina o jurisprudencia- excepciones en torno a la vigencia de este factor objetivo de atribución. Que por otro lado es universal, en materia de daños a los consumidores. Porque lo establece el código brasileño, la ley española, la Unión Europea en sus directrices para la defensa del consumidor, etc.

- En segundo lugar, se aplica también a los servicios, y por lo tanto en Argentina, en materia de daños a los consumidores y usuarios hay responsabilidad objetiva por aquellos que derivan no sólo de productos sino también de servicios.

De modo que, mientras ciertos servicios (por ej. de los profesionales liberales, que están excluidos de la ley de defensa del consumidor), están sometidos -en caso de daños a clientes- por tratarse de obligaciones de medios, a regímenes de responsabilidad subjetiva; sin embargo, en el ámbito de las relaciones de consumo (por imperio del art. 40 de la ley de defensa del consumidor), todos los servicios, públicos o privados, en los casos de daños a los consumidores, están sometidos a un sistema de responsabilidad objetiva.

Y desde luego, la responsabilidad objetiva se extiende también a esos productos o servicios, aun cuando han sido entregados o provistos con motivo de una contratación por internet.

La responsabilidad del art. 40, ley 24.240, se extiende también a aquellos que pusieron la marca en el producto o servicio.

O sea que todos los integrantes de la cadena de comercialización, desde el vendedor, el distribuidor, el importador, el que ha realizado la exportación y también el que le ha puesto la marca al producto, son responsables en función del art. 40 de la ley de defensa del consumidor.

Sin perjuicio, desde luego, de las acciones recursorias que existan entre ellos, a través de la investigación de quien ha sido el que puso (en su eslabón de la cadena de comercialización) el vicio o el riesgo en el producto.

Pero -insisto-, en la contratación por Internet se aplica en la Argentina el art. 40. Y todos los productos o servicios adquiridos por vía Internet, que ocasionen daños a los consumidores, están sometidos a un sistema de responsabilidad civil objetiva.

Desde luego, permitiendo la exoneración de responsabilidad únicamente en los casos de fractura del nexo causal o "causa ajena", como dice específicamente la norma. Superando incluso, con esa redacción, la del art. 1113 C.C., que quedó sin enunciar el caso fortuito o fuerza mayor, como exonerativo de responsabilidad, aunque desde luego, toda la doctrina y jurisprudencia también la incluyen como causal de ruptura del nexo causal.

8. Soluciones del derecho europeo, sobre defensa del consumidor en la contratación electrónica.

Conclusiones comparativas

A modo enunciativo, cabe explicar cuáles son las principales soluciones, que las normas del derecho europeo, brindan específicamente a los consumidores en el comercio electrónico.

Y son dos normas, porque la tercera (que es la relativa a la firma electrónica) no tiene mucha vinculación, en principio, con los problemas específicos de la defensa del consumidor, sino con lo relativo al perfeccionamiento y prueba del contrato.

Las dos normas que sí son muy específicas de defensa al consumidor, son la directiva de la Unión Europea sobre contratos a distancia del año 1997 y la del año 2000 sobre comercio electrónico.

a) La directiva de contratos a distancia, en definitiva (con otra denominación), se refiere al mismo ámbito de aplicación de los arts. 32 y siguientes de nuestra ley de defensa al consumidor: la contratación fuera de los locales comerciales.

Lo que sí tienen en el derecho europeo, son algunas soluciones un poco más rigurosas o contundentes a favor de los consumidores.

Se refiere a todos los contratos a distancia entre consumidores y proveedores y por lo tanto incluye también al comercio electrónico, la contratación por internet: Se refiere a todo aquel medio electrónico que se utilice para la contratación.

Y decimos que es más fuerte, desde el punto de vista de protección a los consumidores, porque en primer lugar, exige -con recaudos específicos- informaciones previas. En cambio en Argentina, tenemos consagrado el derecho del arrepentimiento, el plazo de reflexión, pero no exigencias específicas sobre la necesidad de informar sobre ese derecho de arrepentimiento. Mientras que la Unión Europea, exige no sólo recaudos específicos informativos en torno a ese derecho de arrepentimiento, sino constancia escrita, incluso en el comercio electrónico, de que el consumidor fue efectivamente informado sobre ese derecho de resolución.

En último lugar, decimos que la protección es mayor, porque la directiva europea establece un plazo de siete días de reflexión, a diferencia del de cinco de nuestra ley nacional.

b) Bancos de datos. También tienen otras normas protectoras en Europa, que serían muy importantes para Argentina en este momento. Porque nosotros tenemos el drama de los bancos de datos sobre informaciones de deudas de los consumidores, particularmente el "Veraz".

En Europa, la norma establece no sólo sistemas muy ágiles para eliminar de esos bancos de datos a los consumidores (p.ej., en casos en que se realizó un débito automático incorrecto en la tarjeta de crédito), sino también mecanismos muy sencillos para anular los

La protección del consumidor en la contratación por internet

pagos por tarjeta de crédito a través de débitos automáticos. Serían soluciones muy importantes para Argentina.

c) La directiva sobre comercio electrónico, en materia específica de defensa del consumidor, trae un capítulo sobre contratos por vía electrónica. Es la sección tercera, arts. 9 y siguientes y -otra vez- trae soluciones específicas muy importantes.

Principalmente, cabe destacar la obligación de efectuar una entrega efectiva de las condiciones generales de contratación al consumidor y usuario. No puede haber una remisión a reglamentaciones o formularios donde esas condiciones generales existan. Sino que debe haber constancia escrita de que las condiciones generales del contrato por internet, sean efectivamente entregados a los consumidores.

Esto me parece muy importante, porque en la Argentina, en la praxis (p.ej., en las concesionarias, en las entidades de ahorro previo, en las compañías de seguros, en los bancos, etc.), es muy difícil que un consumidor se lleve su copia del contrato. Ello es infracción al Código Civil en materia de doble ejemplar. Y en el ámbito de las relaciones de consumo y contratación por adhesión, la ausencia de entrega del instrumento al consumidor es un abuso grosero.

Sin embargo, el desnivel en la comparación (entre Argentina y Europa), no transita esencialmente por las normas jurídicas. Lo más grave para los consumidores en Argentina, es que a nivel administrativo, los consumidores están bastante desprotegidos. Y sufren agresiones en las cuestiones clásicas de la defensa del consumidor.

En ese contexto, ¿cómo hacemos para resguardarlos en esta cuestión moderna del comercio electrónico?

En el Mercosur también tenemos un comité de defensa del consumidor, que es el Comité Técnico nro. 7 que depende de la Comisión de Comercio (del Grupo Mercado Común). La cuestión de la defensa del consumidor en el comercio electrónico está en la agenda de ese Comité Técnico Nro. 7. Vamos más lento, pero está previsto avanzar también en nuestra región en materia de defensa del consumidor en la contratación por internet.

La conclusión final es optimista. Creo que con las normas que tenemos en nuestra ley de defensa del consumidor y con el compromiso social que advertimos permanentemente por parte de nuestros tribunales (en una aplicación bastante amplia de las normas de defensa del consumidor), la mayoría de las cuestiones que afectan a los consumidores en las relaciones de consumo, tienen solución en nuestro derecho positivo. Y por lo tanto el consumidor puede estar en Argentina, con nuestras normas y nuestros Tribunales, bastante bien protegido.