

3/10/16

COMPRAVENTA INTERNACIONAL y LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

(Seguridad preventiva, jurisdiccional, respeto al derecho del consumidor y la posibilidad del arbitraje)¹

Efraín Hugo RICHARD²

INDICE: I - LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL Y SU GLOBALIZACIÓN. II - LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. III - LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA. 1.LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 2.NEGOCIOS Y COMERCIO ELECTRÓNICO ENTRE CONSUMIDORES. 3. NEGOCIOS Y COMERCIAL ELECTRÓNICO CON CONSUMIDORES. 3.1. Cambios psicológicos. 3.2. Cambios electrónicos. 4. Leyes Modelos. 4.1. Forma. 4.2.¿Quién se responsabiliza por un error sustancial? 4.3. Lugar de celebración. 4.4. Firma de los contratos. 4.4.1. Firma Digital. 5. EL MARCO NORMATIVO ARGENTINO. 6. LA CERTIFICACIÓN EN PARAGUAY. 6.1. EL SISTEMA EN ESPAÑA. 6.2. DETERMINACIÓN DE FECHA EXACTA EN ARGENTINA Y ESPAÑA. 7. LA FORMACIÓN DE CONTRATOS POR INTERNET. 8. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y FIRMA DIGITAL. 9.DOMICILIO LEGAL Y DOMICILIO ELECTRÓNICO. JURISDICCIÓN. 10.PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 11. TRIBUTACIÓN EN INTERNET. 12.FACTURA ELECTRÓNICA. IV - VENTAS A CONSUMIDORES. 1.SITUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 1.bis. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL TEMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO DEL 2015. 2. LAS NORMAS RESPECTIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. 3. OTRAS NORMATIVAS. V - LA CLÁUSULA ABUSIVA. 1.LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA. 2. CONTRATO DE ADHESIÓN SEGÚN ESA LEY Y LA PERSONA JURÍDICA COMO CONSUMIDOR. 3. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. VI – SEGURIDAD PREVENTIVA. 1. LA FACULTAD REVOCATORIA DEL COMPRADOR CONSUMIDOR. 1.1. Regulación paraguaya. 1.2.Naturaleza del derecho de revocación en la relación de consumo. 1.3. Revocación y uso. 2. LA SEGURIDAD PREVENTIVA: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD. 3.LA SEGURIDAD PREVENTIVA Y LOS CONTRATOS CONEXOS AL PRINCIPAL DE COMPRAVENTA ELECTRÓNICA. 3.1. Reticencia por la

¹ Informe presentado en calidad de coordinador Internacional en el IX Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, desarrollado en la Ciudad de Asunción (Paraguay) los días 22 a 24 de septiembre de 2016.

² Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Director de su Instituto de la Empresa y de las publicaciones conjuntas con la Universidad Nacional de Córdoba *Ensayos de Derecho Empresario y Estudios de Derecho Empresario* (electrónica), Revisor de Cuentas de la Institución. Catedrático Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Doctor Honoris Causa por las Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino. www.acaderc.org.ar, richardefrañhugo@gmail.com

seguridad en el pago. 3.2.Sistemas de pago electrónicos. 3.3.Tipos de Sistemas de pago electrónicos que tienden a dar seguridad. **VII – SEGURIDAD Y JURISDICCIÓN. 1.CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. 2. ACCION CONTRA EL PROVEEDOR O VENDEDOR EN PARAGUAY. VIII - LA SEGURIDAD Y LAS ACCIONES COLECTIVAS. 1.CONVENIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS. 2.EL MEJOR ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA. 3.JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. 4.LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN COLECTIVA. 5.LAS REFORMAS A LA LEY ARGENTINA. IX - JURISDICCIÓN Y POSIBILIDAD DEL ARBITRAJE. 1.LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE PARA CONSUMIDORES. 2. UN RECIENTE FALLO. 3. “Compraventa internacional y los contratos electrónicos”. EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE. X – MEDITACIONES PARA EL DEBATE.**

I - LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL Y SU GLOBALIZACIÓN.

En la compraventa internacional distinguimos la realizada entre empresas, y las destinadas al consumo, incluso en nuestro país –la República Argentina- en favor de empresas. La segunda categoría está sujeta a reglas especiales.

A su vez el advenimiento de medios electrónicos de contratación y de pago ha incorporado nuevos desafíos normativos.

Un informe presentado por Pyramid Research (2010) demuestra que se prevé para el comercio electrónico en el país un crecimiento anual del 36% en los próximos cinco años, a la vez que el 90% de los compradores electrónicos de la Argentina planean gastar lo mismo o más durante los próximos dos años.³ Según la Cámara Argentina de Comercio Electrónico el comercio electrónico alcanzó en 2015 ventas por 68 M. de pesos. El 79% de la facturación fue bajo la modalidad empresa a consumidor (business to consumer o B2C), el 16% en operaciones entre consumidores (consumer to consumer o C2C) y el 9% entre empresas (business to business o B2B)⁴. Centraremos nuestra atención en las primeras que, a su vez son las de mayor magnitud en el mundo

³ El Comercio Electrónico en Argentina es el 7,4 % del comercio electrónico en la Región de Latinoamérica y Caribe. Un dato complementario de la relevancia de Internet en el total del comercio es que además de las ventas que se realizan en línea, más de un 75 % de los usuarios de Internet consulta regularmente en la web para analizar sus opciones de compra en el mundo físico, y un 51 % del total manifiesta tomar la decisión en línea, aunque efectúe la compra tiempo después en un establecimiento. Esto hace que el tamaño real de Internet medido en ventas sea varias veces mayor al comercio electrónico directo, estimándose su impacto total en 10 veces lo efectivamente vendido en línea. Y en el año 2009, más de 50 mil millones de pesos, lo que en base a proyecciones gruesas, representaría entre un 4 y un 5 % de las ventas totales minoristas de Argentina. Varios elementos se han conjugado para este impresionante desarrollo, como por ejemplo el continuo crecimiento del número total de usuarios de Internet en el país: de 3,7 millones en 2001 a 23 millones a fin de 2009 y más de 26 millones a fines de 2010. También, un aumento constante de empresas que comercializan en la red: un 20 % de la PyMEs vende o compra en línea, frente a unas pocas decenas de empresas hace menos de 10 años.

⁴ La especialidad del tema que estamos tratando se advierte también en que a la compraventa internacional de mercaderías a consumidores no se les aplican en las previsiones para pagos de las Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trad and Settlements (URGENTS) CREADAS POR LA Cámara de Comercio Internacional (ICC), aplicables exclusivamente a las relaciones B2B.

del intercambio. Por ello debe preocupar la liberación de un mercado de compra internacional que puede alterar previsiones impositivas y afectar seriamente al comercio minorista, y quizá también al mayorista de un país, afectado por precios relativos más altos, por costo social o por dumping social⁵, que beneficia subrepticamente a países con trabajo mal remunerado.

No se necesitó de mucho tiempo para que de *la codicia del panadero* surgieran iniciativas destinadas a utilizar esta inmensa red de comunicación y circulación de voluntades y datos personales, que se estima en mil trescientos millones de usuarios en el mundo que disponen de ciento sesenta y dos mil millones de sitios web, como un fantástico mercado global de oferta y demanda de bienes y servicios, que cambió los paradigmas de la economía “física”.

La contratación electrónica en sus muy variadas formas se está consolidando cada vez más en el ámbito internacional y nacional, donde las partes utilizan las herramientas de comunicación modernas para convenir los parámetros que regirán una relación comercial.⁶

Estos parámetros se inician en la oferta, en la aceptación de ella, en la negociación de los términos contractuales, donde entra plenamente en escena la modalidad electrónica y sus diversos aspectos, que a su vez son los temas a encarar normativa o doctrinariamente, como son la entrega del producto o la ejecución del servicio contratado, su forma de pago, los procedimientos para reclamar la garantía, la revocación, el retiro del producto, y para solucionar las diferencias que no se hayan podido subsanar amigablemente entre las partes involucradas.

Mientras siga avanzando la tecnología, seguirá consolidándose el contrato electrónico, por lo que todos los actores sociales deberán integrarlo a su actividad diaria. Los comerciantes, y las empresas estableciendo preventivamente claras reglas de juego para minimizar los impactos; el Estado, en el aspecto impositivo definiendo si son actividades alcanzadas o no por sus impuestos y en el aspecto reglamentario buscando dictar las normas que sean necesarias para brindar en las transacciones, y en el aspecto judicial resolviendo los conflictos aplicando las leyes que mejor regulen las nuevas situaciones, entendiendo que no es posible establecer un paralelo directo con las relaciones y problemáticas que se generaban tradicionalmente.

II - LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

Se indica referirse a la compraventa internacional de mercaderías. Por esta razón no nos referiremos a otros contratos electrónicos, internacionales o no, destinados a consumidores, como es el contrato electrónico internacional de transporte⁷. Excluimos así, para circunscribir algo el tema de por sí vasto, otros contratos.

⁵ RICHARD, Efraín Hugo “*DAÑOS CAUSADOS POR DUMPING*” pág. 57 y ss. en libro colectivo *DAÑOS Globalización – Estado – Economía*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000.

⁶ El Código Civil y Comercial argentino dispone en su art. 985 en relación a los contratos con cláusulas generales predisuestas: “Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, *electrónica o similares*”.

⁷ GOMEZ, Hernán Adrián “El contrato electrónico internacional de transporte aéreo en el ámbito del MERCOSUR. Consideraciones sobre la cláusula arbitral”, CEDEA, Dic. 19, 2012 www.cedaeonline.com.ar

Respecto de estos contratos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas para la compraventa internacional de mercaderías de 1980 fue preparada por la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) y adoptada por una conferencia diplomática el 11 de Abril de 1980, culminando una labor de preparación que empezó en 1930, en el *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) en Roma, a la que adhirió la República Argentina por Ley 22.765. Entró en vigor en 1988, con la finalidad de prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, para contribuir a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones. En su texto se compaginan cuidadosamente los intereses del comprador con los del vendedor.

La Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de 1980 concebida como un intento de unificar la legislación aplicable a los contratos internacionales, es el resultado de una labor de varias décadas que se remontan incluso a las iniciativas de finales del siglo XIX que produjeron como resultados la ley uniforme sobre ventas de mercancías de 1905 de los países escandinavos, *The sale of goods act* de 1893 de Gran Bretaña y de la primera etapa del siglo XX como es el trabajo de la *Internacional Law Association* reunida en el año de 1924 en Estocolmo, donde se trabajó en un proyecto de ley uniforme para la unificación de la legislación sobre compraventa internacional.⁸

El contrato de compraventa constituye el fundamento del comercio internacional en todos los países, independientemente de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico. Por esta razón, se considera que la Convención sobre la Compraventa es uno de los instrumentos clave del comercio internacional que debería ser adoptado por todos los países del mundo.

Pero la Convención sobre la Compraventa de Viena rige los contratos de compraventa internacional de mercancías entre empresas privadas –B2B-, con excepción de las ventas a consumidores –B2C, que trataremos más adelante- y las ventas de servicios (que no trataremos), así como las ventas de tipos concretos de mercancías.

Los Estados que adoptaron la Convención (77) disponen de una legislación moderna y uniforme que rige la compraventa internacional de mercancías y que se aplica a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los Estados Contratantes. En tales casos, la Convención se aplica directamente, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional privado⁹ para determinar la ley aplicable al contrato, lo cual contribuye notablemente a dar certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional.

Las pequeñas y medianas empresas y los comerciantes de países en desarrollo suelen tener poco acceso a asesoramiento jurídico al negociar un contrato. Esto los hace más vulnerables a los problemas causados por los contratos que no regulan adecuadamente las cuestiones de la ley aplicable. Esas empresas y esos comerciantes también pueden encontrarse en situación de desventaja como partes contratantes y experimentar dificultades por la falta de equilibrio entre las partes. Por

⁸ OVIEDO ALBAN, Jorge *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías Antecedentes y desarrollos alternativos*, Ed. ILADEN, Bogotá 2011 p. 7 ; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL - ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 29 y 30.

⁹ Además, la Convención puede aplicarse a un contrato de compraventa internacional de mercaderías cuando en virtud de las reglas de derecho internacional privado la ley aplicable al contrato sea la de un Estado Contratante, o cuando las partes hayan convenido en ello, independientemente de si sus respectivos establecimientos se encuentren en un Estado Contratante. En tal caso, la Convención prevé un conjunto de normas neutrales que pueden ser de fácil aceptación habida cuenta de su carácter transnacional y de la existencia de abundante material interpretativo.

consiguiente, esos comerciantes se beneficiarían especialmente de la aplicación a título supletorio del régimen equitativo y uniforme de esa Convención sobre la Compraventa a los contratos que entraran en su ámbito de aplicación.

La segunda parte de la Convención regula la formación del contrato, que se concierta mediante una oferta y su aceptación. La tercera parte trata de las obligaciones de las partes en el contrato. Entre las obligaciones de los vendedores figuran las de entregar las mercancías conforme a la cantidad y la calidad estipuladas en el contrato, así como en documentos conexos, y la de transferir la propiedad de los bienes. Por su parte, los compradores están obligados a pagar el precio estipulado y a recibir las mercancías entregadas. Además, esta parte de la Convención prevé reglas comunes sobre las vías de recurso aplicables en caso de incumplimiento del contrato. La parte agraviada puede exigir el cumplimiento del contrato, reclamar daños y perjuicios o declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial. En disposiciones suplementarias se regula la transmisión del riesgo, el incumplimiento previo del contrato, los daños y perjuicios, y la exención del deber de cumplir el contrato.

La Convención sobre la Compraventa es únicamente aplicable a las operaciones internacionales y su vigencia impide que los contratos que entran en su ámbito de aplicación se rijan por reglas de derecho internacional privado, como apuntamos. Los contratos internacionales que no entren en el ámbito de aplicación de la Convención, así como los contratos en los que las partes hayan convenido en la aplicación de otra ley, no se verán afectados por la Convención. Los contratos de compraventa puramente nacionales tampoco se verán afectados por la Convención y seguirán rigiéndose por el derecho interno.¹⁰

III - LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA¹¹

En relación a una compraventa internacional de mercadería, por definición un contrato a distancia, como subtipo de la misma –pero casi ocupando la totalidad del panorama- aparece el contrato celebrado por medios electrónicos, cuya importancia y desarrollo hemos destacado inicialmente.

El comercio por vía electrónica es una posibilidad que se ha tornado más novedosa presentada por *internet*. “Éste ha transformado muchos de los métodos que operan en el mundo de los negocios y el comercio...La cibernética también incide sobre la formación, la forma y la prueba de los contratos e, incluso, sobre su cumplimiento y abre el largo panorama

¹⁰ En la serie de documentos CLOUT (jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI) se reseñan numerosos casos en que se ha aplicado la Convención. Existe también un compendio con una relación de esos casos. Instrumentos pertinentes Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974), Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), Véase también: Resolución de la Asamblea General Travaux préparatoires Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas, Deliberaciones de la Mesa Redonda de Alto Nivel celebrada durante el 48º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Viena, 6 de julio de 2015. Proceedings of the UNCITRAL - VIAC Joint Conference: "Celebrating success: 25 years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", 15-16 March 2005, Vienna.

¹¹ Agradecemos los aportes de Bernardo Carlino y su trabajo “LUCES Y SOMBRAS EN LA CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRÓNICOS”, y del ensayo del Prof. Dr. Héctor Alegría –Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Buenos Aires- “*Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales*” (LL, 1985 E-667).

del e-commerce”.¹² **Prácticas actuales que abruma el panorama de la organización comercial, con las ofertas de hot sales –también black days o cyber days- y comenzando a referirse a un post e-commerce: el omnia market.**¹³

Si hablamos de comercio electrónico, tenemos que hablar de inmaterialidad y de fugacidad de información. Es esta inmaterialidad y fugacidad de la información que pueden crear algunos conflictos entre los proveedores de servicios y los clientes. Aún si el comercio electrónico ofrece nuevos beneficios a los empresarios y a los consumidores, la confianza de los mismos debe ser alentada por el desarrollo permanente de mecanismos de protección transparentes. El objetivo es generar confianza.¹⁴

Es indispensable tener un entorno técnico-legal adecuado para el comercio electrónico¹⁵, ya que el incremento de intercambios mercantiles por Internet será proporcional a la confianza y a la seguridad de los intercambios que se realicen en esta red. Para poder delimitar este sistema de seguridad y confianza los gobiernos deben crear un marco legal y consistente, así como promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda crecer y asegurar la protección adecuada de los objetivos de interés público como son el derecho a la intimidad¹⁶, los derechos de la propiedad intelectual, la prevención del fraude, la seguridad nacional y la protección al consumidor.

Lo impactante es que ni siquiera el clima recesivo y el mal humor social parecen frenar el avance del comercio electrónico, particularmente por el avance del uso de los móviles (teléfonos inteligentes, tablets, entre otros), y las prácticas comerciales giran hacia la omniaccesibilidad, o sea a la apertura de las ventas a distancia por vía electrónica.

En una última lectura de nuestro informe, en torno a la “Incidencia económica de la contratación electrónica”¹⁷, extractamos: “Hay datos sobre la incidencia de la *contratación electrónica* en la economía local, regional y mundial que realmente convencen al más escéptico sobre la enorme relevancia de esta nueva modalidad de formalizar acuerdos. - El incremento sostenido del número de transacciones *vía electrónica* no debería sorprender pues en un mundo globalizado, donde lo que a nadie sobra es tiempo y donde la distancia es muchas veces un obstáculo, dada la dificultad de movilizarse incluso dentro mismo de las ciudades que impiden la traslación debido al colapso del tránsito; por ende, la forma de contratar *a distancia* es una opción válida para superar todos estos inconvenientes. De hecho, dadas todas estas características previamente señaladas –o mejor, de estos inconvenientes aludidos- de la vida de hoy, podría pensarse en la imposición a corto tiempo –o por lo menos, en la generalización- de la modalidad

¹² ALEGRÍA, Héctor “Globalización y Derecho”, pág. 1239, esp. 1258 y ss., en *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia*, AAVV director Ricardo Olivera García –Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba-, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2015, tomo II.

¹³ 4º Encuentro de Comercio Electrónico, Córdoba 27 de julio de 2016.

¹⁴ OVILLA BUENO, Rocio “¿Quién le teme al Comercio electrónico? Protección del consumidor en el ámbito digital: el caso de México” (DEA Informatique et Droit, IRETIJ). El 29 de Abril de 2000 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación mexicana, las reformas legislativas en materia de comercio electrónico.

¹⁵ Para una ampliación de todos los temas vinculados a la contratación electrónica, formas, pago, arbitraje, aconsejamos revisar el libro “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado”. Directora SARA LIDIA FELDSTEIN de CARDENAS, Autoras SARA LIDIA FELDSTEIN de CARDENAS, FLAVIA ANDREA MEDINA, MONICA SOFIA RODRIGUEZ, LUCIANA BEATRIZ SCOTTI, Buenos Aires 2008.

¹⁶ DE SÁBATO, Gabriela “Algunas cuestiones sobre el consumidor y la alta tecnología en la República Argentina” pág. 111, esp. 117 en *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Ed. Fidas, Año 5, 2014, 2, Buenos Aires 2014,

¹⁷ De ponencia homónima del Dr. Alberto Joaquín MARTINEZ SIMÓN, recibida a fines de agosto, cuando cerrábamos esta versión final de nuestro informe, cuya lectura integral aconsejamos.

*tele*¹⁸ de la mayoría de las actividades del ser humano, entre ellas el *teletrabajo*, los *telecontratos* y los *telenegocios*. - A ello, debemos sumar las ventajas financieras que implica esta forma de negociar que se traduce en una notable reducción de costos operativos ya que desde la promoción –o *marketing*- del producto o servicio que se ven sensiblemente disminuidos pasando por la disminución de los costos de intermediación o distribución que se realizan evitando gastos innecesarios, el comerciante puede obtener ahorros importantes en su operativa, debiendo tenerse en cuenta que esta forma de operar posibilita también obtener otras ventajas en el manejo de la empresa ya que le permite al mismo comerciante *abrir su negocio* a la clientela –dicho en forma metafórica- durante las veinticuatro horas del día, ya que la negociación pasará por *internet* y éste está disponible al inmenso público durante todas las horas del día, teniendo a su disposición un universo muchísimo mayor de potenciales clientes, ya que esto se amplía –en la medida en que sea factible la distribución de lo vendido- a prácticamente todo el mundo¹⁹. - Pero esta nueva tecnología que hoy aplicamos a los negocios no solo ha transformado sensiblemente la manera de realizarlos, sino que nos ha llevado a la necesidad de volver a plantear cuestiones aún mucho más profundas como la misma organización social, la forma de decidir en democracia, ha puesto en entredicho los conceptos de vida privada o *privacidad*, de libertad cívica y ciudadana y, cómo no habrían de incidir en la manera de hacer negocios y de contratar. - La posibilidad de realizar estos *telenegocios* a través de *internet* ha transformado sustancialmente la manera de cerrar tratos y ha cambiado – también sensiblemente- los modelos y paradigmas de la negociación, de la comunicación y hasta del mismo *marketing* de las empresas inmersas en el ámbito de la contratación masiva. Dado que *internet* es el medio por el cual se realiza el *e-commerce* y atendiendo a que oferta y la aceptación de ella se exponen por dicha vía, son los mecanismos tecnológicos, digitales y electrónicos los que materializan el perfeccionamiento de los contratos en ese ámbito. - Sin embargo, no toda la doctrina nacional está conteste en este punto. En base a la idea aparente de que quienes contratan por medios electrónicos se encuentran físicamente distantes –como en realidad ocurre-, es que parte de la doctrina nacional ha afirmado que el *comercio electrónico* no constituye sino contratos *entre ausentes*, formalizados en el entorno digital²⁰. Debo manifestar mi posición contraria a esta tesis de considerar a los *contratos electrónicos* como acuerdos *entre ausentes*, por la opción de solución normativa propuesta por el art. 675 del Código Civil, aunque –obviamente- se ponderan los fundamentos de la posición no compartida....No pasa desapercibido que las normas de la ley de *comercio electrónico* tengan un marcado perfil *tuitivo* en beneficio del consumidor. Así, esta ley establece una serie de previsiones en beneficio exclusivo de quien compra un bien o paga por un servicio a través de los formatos electrónicos, considerándolo como la *parte débil* de la transacción....De todo lo expuesto, queda en claro que el *comercio electrónico* llegó para quedarse. Tenemos hoy día la evidencia de un creciente número de transacciones comerciales, que se incrementa año a año en forma ostensible, lo que es puesto de manifiesto en los números de cada estudio al respecto. Estos negocios electrónicos se dan en base a las normas jurídicas claras que

¹⁸ Prefijo de origen griego que se antepone a palabras del idioma castellano para indicar la idea de algo que se encuentra “lejos” o “a distancia”.

¹⁹ “*El comercio en internet presenta numerosos aspectos propios de la organización de un mercado: la disminución de los costos y la organización de una estructura que facilite tanto la búsqueda de productos como la de consumidores; la seguridad en las transacciones sobre todo en los medios de pago y el aseguramiento de la entrega de los productos*”. RIOS AVALOS, Bonifacio. *Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos*. Intercontinental Editora. 13ª. Ed., año 2014, p. 283.

²⁰ Véase JIMENEZ ROLÓN, Eugenio. *Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito*. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p.42.

hemos sabido los paraguayos sancionar y poner en vigencia. Sin embargo, no debemos perder de vista que, además de las normas jurídicas idóneas, debemos tener un soporte digital y electrónico adecuado para que los negocios *vía internet* siga siendo una realidad creciente. De este tren, el país no debe bajarse, pues el mismo nos lleva al futuro, al que ya se están dirigiendo los demás países”.

1.LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. Las relaciones comerciales en todos sus órdenes, es decir entre particulares, entre empresas y particulares, entre las empresas y entre empresas o particulares con el Estado, se han visto afectadas por las nuevas tecnologías, trastocando en muchos casos los cimientos comerciales y legales que por años mantuvieron su vigencia y eficacia.

Hoy, el consumidor-comprador está en el mundo entero o al menos en más de un país o ciudad distinta a la que se encuentra el vendedor. Las empresas han logrado mostrar sus productos y servicios en muchos más lugares y a una cantidad muy superior de potenciales clientes con un esfuerzo en recursos económicos, de gestión y humano ínfimo con relación al efecto. Asimismo, las empresas han podido relacionarse con potenciales nuevos proveedores, distribuidores, asociados de distintas partes del mundo, que le han exigido analizar cómo canalizar estas nuevas relaciones en función de la legislación vigente.²¹

Son las “relaciones comerciales electrónicas” y no “comercio electrónico” principalmente porque, como dice la Guía de la ICC –International Commercial Center-, no existe una definición uniforme de comercio electrónico y la consulta a distintos autores encontrará particulares definiciones con sus especiales distinciones, en función de si el comercio se realiza completamente por medios electrónicos, si es la mitad y la otra es por medios tradicionales, o si solo sirve para consulta de los potenciales clientes.

En cambio, “relaciones comerciales electrónicas” abarca a todas las alternativas posibles en donde dos partes inician un vínculo con fines lucrativos, pudiendo este vínculo consolidarse en el ámbito electrónico únicamente o requerir que determinados actos y procesos se materialicen por los canales tradicionales. “Es el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos. Esto es, el procesamiento y la transmisión electrónica de datos, incluyendo texto, sonido e imagen”.²²

Las “relaciones comerciales electrónicas” también huyen de la distinción que algunos autores efectúan, de si las partes involucradas se comunicaron en un portal interactivo o si lo hicieron por correo electrónico o por mensajería instantánea, ya que lo importante es que las partes utilizaron la plataforma electrónica y sus múltiples opciones de comunicación para estrechar vínculos comerciales.

²¹ Puede verse: [La Clave del Comercio Electrónico – Guía para pequeños y medianos exportadores editado por el Centro de Comercio Internacional \(CCI\) http://www.tradeaction.com/Espanol/Download/Clave_Comercio_Electronico.pdf](http://www.tradeaction.com/Espanol/Download/Clave_Comercio_Electronico.pdf)

²² RODRIGUEZ, Raquel “Los contratos electrónicos y su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en relación con las formalidades que deben observarse” en *Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, julio 2016, Buenos Aires, pág. 7 y ss., que se corresponden a las formalidades que habíamos introducido en la primer versión de nuestro informe preliminar, de fecha anterior a la edición de esta Revista .

Internet ha extendido su influencia a múltiples áreas, de una herramienta de búsqueda de información se transformó en un motor generador de gran cantidad de negocios.

Lo que sí se debe distinguir es la calidad de las partes que intervienen en las relaciones comerciales, es decir si son consumidores, empresas o gobiernos. En este último caso, salvo en contadas excepciones donde el gobierno actúa como contratista y se nivela a la par de la empresa, normalmente es una cuestión de Gobierno Electrónico.

Nos quedamos con dos actores de las relaciones comerciales electrónicas, que son los consumidores y las empresas. Estos actores pueden entablar relaciones entre sí, es decir consumidores con consumidores y empresas con empresas, o entablar relaciones con los actores del otro grupo, es decir consumidores con empresas.

Es muy importante caracterizar inmediatamente a los actores para, entre otros motivos, analizar si entra en juego la legislación protectora del consumidor –como veremos-. Téngase en cuenta que cuando el negocio es entre empresas, el legislador ha entendido que no existe una desproporción entre las fuerzas, capacidades y posibilidades de las partes, aunque en muchos casos no sea así. Como ejemplo, se puede evaluar la posibilidad que tiene una pequeña o mediana empresa de negociar los términos y condiciones comerciales que le impone una empresa multinacional. Normalmente sus posibilidades son nulas.

2. NEGOCIOS Y COMERCIO ELECTRÓNICO ENTRE CONSUMIDORES. Veamos la relación comercial electrónica que se entabla entre consumidores cuando por ejemplo un usuario publica para la venta en Internet un bien de su propiedad, en este caso, un juego de palos de golf, porque su cuadro alérgico le dificulta jugar en la mayoría de los días del año. Entonces, un interesado navegando por Internet se encuentra con esta oportunidad y como él está comenzando con este deporte, porque su físico no le rinde como antes en fútbol, decide contactarse con el vendedor para averiguar más detalles. Lo importante es que el vendedor no está dedicado con cierta frecuencia a la comercialización de productos deportivos, ya que si así fuera, dejaría su perfil de consumidor para pasar a ser comerciante. También es indispensable que el comprador no tenga por actividad lucrativa la compra de productos deportivos usados para su posterior comercialización, sino tendría el mismo destino. En este ejemplo, y luego de corroborado que uno de ellos no se involucra en esta relación como comerciante, todo el proceso de difusión, negociación, oferta, aceptación, entrega y garantía se seguirá por las normas civiles que sean aplicables a las partes. Téngase en cuenta que si uno de ellos se encuentra en otro país, serán de aplicación las normas del Derecho Internacional Privado en lo que pudieran ser aplicables. No hay razón de protección a un consumidor, están contratando entre iguales.

3. NEGOCIOS Y COMERCIO ELECTRÓNICO CON CONSUMIDORES (B2C). El comerciante tiene un sinnúmero de posibilidades vía tecnológica de ofrecer sus productos y servicios. Independientemente del modelo de negocio que el comerciante decida emprender, así como del grado de presencia que su empresa tenga en Internet, es indispensable establecer el mercado objetivo al que apuntará, dónde establecerá su base de operaciones y qué políticas comerciales aplicará.

El comerciante ha dejado de tener a sus vecinos como principales clientes para pasar a jugar en las grandes ligas sin efectuar las tradicionales grandes inversiones. Si se hace un poco de memoria, hacen unos muy pocos años, para tener presencia regional, se debía realizar una inversión

importante, ya que se debía nombrar un distribuidor en el lugar, dependiendo del rubro alquilar un local comercial, entre muchos otros costos que se debían asumir. Hoy las Nuevas Tecnologías le aliviaron la carga al comerciante y le facilitaron llegar no sólo a las ciudades vecinas sino también a los países vecinos y a los continentes vecinos y aún los rincones más lejanos del planeta.

Frente a esa impresionante posibilidad de llegar a todo el mundo, la gran pregunta que el comerciante se debe efectuar es ¿Quiero realmente llegar a todos ellos? ¿Puedo, responsable y eficazmente, brindarles el mismo servicio y/o producto de calidad que les brindo a mis actuales vecinos? Si la respuesta es negativa, el problema concluye. Suponiendo que la respuesta sea por la afirmativa, entonces deberá evaluar qué riesgos conexos implica esta decisión, además de los costos de gestión administrativa típicos del negocio. Es entonces cuando aparecen los aspectos legales, es decir ¿Qué reglas debo respetar?, ¿qué leyes regirán mi actividad? Y parte de esto lo avizoraremos cuando nos refiramos a contratos de compraventa internacionales con consumidores.

Cuando escribíamos originariamente estas líneas, en el Boletín Oficial del día 27 de julio de 2016, de la República Argentina, se publicitaban las Resoluciones Generales de la AFIP 3915 y 3916, que regulan las llamadas compras puerta a puerta, limitando las compras internacionales de consumidores radicados en el país a ciertos topes dinerarios –u\$s 5.000-, al pago de ciertos aranceles, a un tope de operaciones por año, etc., que no sabemos si protegerá adecuadamente al comercio nacional tradicional, generador de empleo. No dudamos que es una decisión de política económica de trascendencia, que puede tener efectos positivos pero también negativos.

3.1. Cambios psicológicos. Existe cierta desconfianza, particularmente de los adultos sobre las posibilidades de Internet, tanto más referido al comercio electrónico utilizando redes de comunicación. Hace al fenómeno de la seguridad de datos y de la operación misma.

Pero el fenómeno nominado como *e-commerce* permite una formidable fluidez en el trámite comercial mediante el cual cualquier persona desde su casa tiene la oportunidad de adquirir bienes, en el país o internacionalmente con simplemente operar clics en su computadora, ipad o teléfono celular *smart*.

Fue la asombrosa velocidad de las innovaciones y la tendencia a fabricar dispositivos cada vez más potentes, livianos y portátiles de comunicación y cómputo, la que impactó en forma definitiva e inevitable en la manera en que actualmente los utilizamos.

Se utilizan cotidianamente nuevos “verbos” con que se vulgarizan los nombres propios de este nuevo entorno: *twittear*, *flashear*, *meilear*, *mensajear* ... y hasta se sospecha que el uso de novedosas y complejas formas de abreviar el idioma, que tienden a universalizarse para el tráfico de mensajes de texto por telefonía celular, pueda agravar la correcta aplicación de nuestra lengua.

El hecho más difícil de admitir para el público en general es que Internet no tendría propietarios, aparentemente nadie la mantiene operativa. Simplemente, son los ordenadores y las telecomunicaciones de todo el mundo conectados en una única red integrada de comunicaciones, que lo envuelve en una suerte de sistema nervioso global que por su propia naturaleza, derriba las paredes y las fronteras. Haremos una referencia a una demanda contra una red social operadora en Internet al finalizar la introducción del ap. VI Seguridad Preventiva.

Para los observadores de estos nuevos fenómenos, las redes globales de comunicación digital tienen el efecto de crear un espacio social nuevo y totalizador que hace aparecer sobre la tierra una segunda esfera suspendida en el éter del ciberespacio. La separación de la humanidad en estas dos esferas de existencias bien diferentes -la llamada división digital- parece abrir una nueva etapa de la historia y un desafío para los juristas.

La imprenta modificó la conciencia humana durante los últimos siglos, ahora es más que probable que la integración mundial en redes ejerza un efecto similar durante los próximos dos siglos. En los tiempos que corren nos relacionamos con el lenguaje hiper textual de la web, donde los desplazamientos no están ya limitados por el viejo orden principio-fin, ni por la entrada alfabética, ni por la temática: cada palabra es virtualmente un enlace o conexión que permite encadenar con una nueva ventana de texto.

Estando el Derecho destinado a regular ordenadamente la vida de relación, resultaba inevitable su inmersión en los emergentes patológicos de estas nuevas formas de comunicación, que modifican las pautas de conductas sociales dentro de un marco de escasa visibilidad, a veces con urgencia y sin tiempo de reflexión como cuando de ellas resultan nuevas formas de incitación a la violencia, de discriminación o de lesión a la moral, los derechos del menor y las buenas costumbres.

Era de toda evidencia que el Derecho tendría que hacerse cargo, entre otras tareas de la formación y firma de los contratos en soporte electrónico gestionados mediante redes.

Pero también enfrentar el anonimato de la titularidad de la red y la posible mera virtualidad de alguno de los contratantes.

3.2. Cambios electrónicos. En la actualidad, todo proceso de contratación se está llevando en un altísimo porcentaje por medios electrónicos, ya sea que estén previamente consentidos, como es el caso del EDI –Electronic Data Interchange-, ya sea que se canalicen por el correo electrónico (en su gran mayoría) o finalmente que se instrumenten en un portal web con interacción de las partes, para solo mencionar a los principales medios. No obstante ello, existen novedosos medios de comunicación que están ganando sus lugares, como son los mensajes de texto (SMS o MMS) y los sistemas de mensajería instantánea o chat.

El régimen del derecho comparado sobre la validez de esa forma de contratación tiene cierta uniformidad. Por ejemplo el Código Civil Venezolano²³ no presenta diferencias en su esencia con el derogado Código Civil Argentino, por lo que el análisis no variará en su fundamentación, aunque ahora existen referencias concretas en el Código Civil y Comercial argentino, vigente desde el 1° de agosto de 2016 –CCCA- al que haremos múltiples referencias por representar una normativa actualizada.

4. LEYES MODELOS. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) en la reunión de Nueva York de 2007, elaboró la Convención sobre el Uso de las Comunicaciones Electrónicas en la Contratación Internacional²⁴

²³ SALGUEIRO, José Ovidio “Contratación Electrónica” sobre régimen venezolano, disponible en <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=887>

²⁴ Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf Agregamos alguna información sobre la “Convención de New York sobre contratación electrónica, sobre la formación y cumplimiento”: 1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958); Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980); Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980); Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991);

para regular el empleo de las comunicaciones electrónicas en la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

Recordemos que la primera incógnita que surge comúnmente es si es válida y ejecutable una comunicación o un contrato celebrado por medios electrónicos, a lo que la Convención responde claramente que no se les negará validez ni fuerza ejecutoria por la sola razón de que estén en forma de comunicación electrónica. En esta línea incorpora a los contratos celebrados sin interacción humana, como cuando se publica un aviso clasificado vía web.

El contrato electrónico es válido, pero ¿cómo se sortean los requisitos de escritura, firma y original?. La solución puede verse en el CCCA.

4.1. **Forma.** La exigencia de escritura se cumplirá si la información puede consultarse con posterioridad, por ejemplo si se tienen copias de seguridad. Por otra parte, la exigencia de firma, si se utiliza algún método para identificar a la otra parte y para indicar que aprobó la información consignada en la comunicación electrónica, o si el método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo aplicable. La primera opción se refiere a la firma digital y la segunda es cuando no existe tal pero el procedimiento utilizado demuestra diligencia de las partes intervinientes. Esto permite que quienes comúnmente contratan por e-mail y tienen problemas en una de tantas transacciones, fundamenten su proceder “electrónico” en su historia comercial conjunta –en sus comportamientos-, así como que argumenten que el monto de la transacción no justifica económicamente la implementación de criptografía y firma digital. Son los comportamientos de las partes los que deben ayudar a solucionar sus posteriores conflictos.

Se destaca en la Convención la amplitud de la definición “comunicación”, ya que será toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hagan o decidan hacer con relación a la formación o el cumplimiento de un contrato; especificándose que será considerada electrónica cuando las partes se comuniquen por medio de mensajes de datos, definiendo a estos últimos como la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, e-mail, telegrama o telefax.

Respecto a la versión en original, se cumplirá si existe una garantía fiable de la integridad de la información que contiene la comunicación o el contrato. Fiabilidad e integridad conforman, la medida de valoración. El grado de fiabilidad se determinará a la luz de la finalidad para la que se generó la información y todas las circunstancias del caso, y la “integridad” surgirá de determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones sustanciales. Se exceptúan de esta regla las Cartas de Crédito y garantías bancarias, en donde es indispensable la existencia de un solo original.

Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995); Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001). 2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21, que no quedará obligado por el presente párrafo.

El contrato es válido, cumple las formas legales y se puede reclamar, pero ¿dónde?, ¿en el lugar de emisión del e-mail (hotel, aeropuerto), en la ubicación del servidor (otro país), donde está registrado el dominio. Ni la justicia ni los especialistas lo habían resuelto. La Convención habla del “establecimiento”, disponiendo que si no se fijó y tiene más de uno, será el que tenga la relación más estrecha con el contrato y si es una persona física, será su residencia habitual. Rechaza a la ubicación de los equipos, servidor, al lugar de acceso, al dominio o e-mail vinculado a otro país como establecimientos. Reforzando esta tesis, establece que las comunicaciones se tendrán por enviadas desde el establecimiento del emisor y recibidas en el del destinatario y no donde ocasionalmente alguna de las partes se encuentren.

El eje central de la Convención es la “buena fe comercial” sumado a las circunstancias que rodearon la relación, devolviendo el viejo principio del Código Civil derogado: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.* (Artículo 1198), y ahora contenido genérica pero contundentemente en el art. 9 CCCA, integrando su Título Preliminar.²⁵

Esta Convención busca remover los obstáculos que se presentan al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluyendo aquellos contemplados en los actuales instrumentos internacionales que fueron negociados mucho antes que el desarrollo y explosión de las nuevas tecnologías.

4.2.¿Quién se responsabiliza por un error sustancial? Es común el error en apretar *Aceptar ¿ Qué hacer?* Lo malo es que se cometió un error y lo bueno es que es un mal de muchos, por lo que la situación fue contemplada por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL (Naciones Unidas) en el Anteproyecto de Convención sobre contratos (internacionales) celebrados o probados por mensajes de datos. En su artículo 12 párrafo 3° regula los efectos jurídicos de los errores sustanciales cometidos por personas físicas que se comunican con un sistema informático automatizado, estableciendo que los contratos no tendrán efectos jurídicos ni serán ejecutorios cuando: a) el sistema informático automatizado no le brinda la oportunidad de impedir o corregir el error; b) la persona, al percatarse del error, lo notifica lo antes posible; c) la persona toma medidas razonables, incluida la devolución de los bienes o servicios recibidos a consecuencia del error; y d) cuando no ha utilizado los bienes o servicios, ni obtenido beneficio de ellos.

Volveremos sobre el punto al referirnos a la contratación con consumidores y al derecho de revocar.

La Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea establece en su artículo 11 párrafo 2° que únicamente las personas que ofrecen bienes o servicios a través de sistemas informáticos automatizados tienen la obligación de brindar medios para corregir errores. Tesis reflejada en el

²⁵ RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires. La referencia a la buena fe ha sido incorporada también en forma expresa en la reforma parcial del Código Civil francés en febrero de 2016.

artículo 12 párrafo 2° del Anteproyecto de Convención. Esta postura no trata las consecuencias que los errores generan sobre la validez del contrato en cuestión.²⁶

4.3. Lugar de celebración. Otro tema es el relativo al lugar de celebración del contrato. Al respecto, mucho se dijo sobre la ubicación del servidor de cada una de las partes o si una de las partes estaba viajando en barco transatlántico con conectividad satelital y desde allí manifestó su voluntad de contratar. No vale la pena abundar en teorías y suposiciones, y conviene remitirse a lo recomendado por UNCITRAL, concluyendo brevemente que el lugar de residencia y/o ubicación principal de los negocios de las partes será considerado el domicilio de cada una de ellas.²⁷

4.4. Firma de los contratos. Firma digital. Tema que desvela es la firma, ya que todo contrato comercial exige para su validez que contenga la firma de las partes contratantes. Ante esta realidad la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional ha elaborado una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico²⁸ para su incorporación al derecho interno de cada país, estableciendo en su Artículo Séptimo que cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Este artículo se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en las comunicaciones consignadas sobre papel, entre las que se encuentran: identificar a una persona; dar certeza a su participación en el acto de firmar; y asociar a esa persona con el contenido de un documento.

Define las condiciones generales que, de cumplirse, autenticarían un mensaje de datos con suficiente credibilidad para satisfacer los requisitos de firma que obstaculizan el comercio electrónico. Se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la

²⁶ Asimismo, los errores también pueden ser generados por el propio sistema automatizado, en cuyo caso el Grupo de Trabajo consideró que deberían ser imputables a las personas en cuyo nombre funcionan, salvo que se demuestre que el sistema generó mensajes erróneos imprevisibles por la persona responsable. En una y otra situación, las soluciones y responsabilidades se distribuyen en función de la previsión y diligencia que han tenido las partes frente a un error u omisión sustancial. Es decir, que el eje del análisis se basa en apreciar –con relación a los errores de las personas físicas– cuán diligente fue el vendedor al elaborar el sistema informático automatizado y contemplar la posibilidad de enmendar errores u omisiones por parte del comprador, por un lado, y por el otro, con cuánta celeridad actuó el comprador ante el conocimiento del error. Con relación a los errores causados por el mismo sistema, el análisis valora en qué grado el vendedor tenía control sobre el programa informático u otros aspectos técnicos utilizados en la programación de dicho sistema automatizado.

²⁷ Sobre todos estos aspectos y para profundizar, puede verse LORENZETTI, Ricardo L. *Comercio Electrónico*, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

²⁸ Puede ampliarse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento. Para determinar si el método de identificación seleccionado es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales: 1) la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; 2) la naturaleza de su actividad comercial; 3) la frecuencia de sus relaciones comerciales; 4) el tipo y la magnitud de la operación; 5) la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; 6) la capacidad de los sistemas de comunicación; 7) la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; entre otros. Establece una norma mínima de autenticación para los mensajes de datos intercambiados en ausencia de una relación contractual previa y, al mismo tiempo, da orientación sobre lo que eventualmente podría suplir la firma cuando las partes recurrieran a comunicaciones electrónicas en el contexto de un convenio de comunicaciones.

Con arreglo a la Ley Modelo, la mera firma de un mensaje de datos mediante el equivalente funcional de una firma manuscrita, no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje. La cuestión de la validez jurídica de un mensaje de datos que cumple el requisito de una firma deberá dirimirse con arreglo a la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo.

La firma digital es un conjunto de datos asociados a un mensaje que asegura la identidad del firmante y la integridad del mensaje, es decir que permite identificar al firmante (autoría) y asegurar que los contenidos no se modificaron desde su firma, o detectar cualquier alteración posterior (integridad). Tecnológicamente la firma digital es definida como un conjunto de datos asociados a un “mensaje digital e incorporados a éste por un programa de computación desarrollado al efecto que permite garantizar la identidad del firmante y la identidad del documento firmado”. Se destaca que la misma equivale a la firma manuscrita, pero no es una copia de la misma, lo que resulta de la ley 25506 de la República Argentina en su art. 2° “No es la imagen escaneada de la firma manuscrita. Equivale a la firma manuscrita. Es la encriptaciones (criptografía) de un documento con la llave privada del hash (huella)”. La definición técnica de una función de hash es un cálculo matemático en donde se obtiene como resultado un código. Siempre y cuando en ese documento electrónico no se haya modificado ningún carácter, el cálculo del *hash* arrojará el mismo código resultante. Con esta herramienta podemos garantizar la integridad del documento o archivo que estemos analizando.²⁹

La utilización de la tecnología en actos de la vida diaria y particularmente en el comercio, ha requerido algo tan simple, como complejo en las transacciones electrónicas: identificar a las partes y asegurar que el documento soporte permanezca inalterado; solo así podrá evitarse el repudio. Como respuesta a esa necesidad, surge la firma digital, una herramienta cuya interpretación requiere algunos recaudos. Por lo tanto, el documento físico firmado hológrafamente, aún hoy es considerado auténtico, no repudiable³⁰ y por lo tanto es un elemento de prueba válido (él elemento por excelencia) en la mayoría de los sistemas legislativos.

²⁹ ESCOBAR, Diego Sebastián “Análisis de las implicancias legales en el uso de firma digital, firma electrónica o función de hash en contratos y documentos comerciales”, pág. 268 *IX Jornada Nacional de Derecho Contable, 11 de agosto, Córdoba 2016*.

³⁰ El repudio generalmente va asociado a la carga de la prueba, es decir, quien alega la autenticidad, una vez desconocida en juicio debe correr con la prueba de la misma. En el sistema de firma digital, como se verá, esta carga se invierte debiendo quien niega la validez de la firma, correr con la prueba de tal aseveración..

De esta manera, las transacciones que exigen la identificación de una de las partes, y precisan de la inalterabilidad del soporte que contiene la manifestación de una voluntad negocial, requieren de firma digital³¹.

No basta tener certeza de quien tenemos en frente (pantalla mediante) sino también hace falta constatar (y poder acreditar en juicio) que ha dirigido (en el caso puntual y ante el acto que se invoca) su voluntad en un sentido u otro en un documento que, una vez confeccionado, debe mantenerse tal cual fue firmado, al menos, hasta que sea apreciado como prueba ante un juez.

La realidad en la cual vivimos, con esta doble dimensión (tangibles e intangibles³²), requeriría que esta herramienta garantizara lo mismo que la firma hológrafa hacía en su dimensión: el no repudio. Un documento firmado digitalmente³³ puede evidenciar mediante el procedimiento de verificación, si dicho documento ha sufrido alteraciones o cambios, posteriores a la firma, garantizándose así que el documento ha mantenido su integridad. En esto hay que establecer una diferencia, la firma digital no asegura la “inalterabilidad” del documento electrónico firmado digitalmente pero si asegura su integridad. Parece un juego de palabras: los documentos electrónicos firmados digitalmente pueden ser alterados, pero dicha alteración será evidenciada posteriormente mediante un procedimiento de verificación, y por ende no llegarán a ser íntegros; en cambio los documentos físicos pueden sufrir alteraciones del contenido posteriores a la firma, y las mismas quedaran sujetas a pericias, mas no a una simple verificación.

Hay normativa diseñada para ser tomada como guía (Ley modelo de UNCITRAL, Directiva Europea³⁴) y otras que han sido naturalmente adoptadas (ley de UTAH). Los ordenamientos jurídicos de América Latina, han seguido los estándares de la Ley Modelo de Naciones Unidas³⁵ y de la ley de Utah, recogiendo de la primera los principios de no discriminación y de equivalencia funcional para los conceptos tradicionales de “escrito”, “firma” y “original”. Esto ha dado un marco de cierta homogeneidad dentro de la diversidad normativa, y también ha permitido con una relativa facilidad la celebración de acuerdos (privados) de reconocimiento recíproco de certificados digitales, lo que permite su uso transfronterizo.

Estas legislaciones, han incorporado o reconocido herramientas que tienen diferente alcance y denominación: firmas electrónicas (simples), firmas digitales y/o electrónicas avanzadas, certificadas o calificadas según la denominación adoptada por cada país. En general, se parte de la

³¹ Esta denominación varía según el país de que se trate pudiendo ser: firma digital o electrónica avanzada, certificada o calificada.

³² Preferimos utilizar esta concepción unicista, a la usual contraposición de “mundo virtual y mundo real”, puesto que real es el mundo en el cual vivimos y hacemos negocios, ya sea en la dimensión tangible (papel) como intangible (documentos electrónicos).

³³ Básicamente el proceso de firma funciona de la siguiente manera: El firmante proporciona a un sistema, información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control (art 2, ley 25506). Seguidamente, el sistema ejecuta un procedimiento matemático que contiene tres términos: una clave pública, el contenido del documento reducido a números binarios, y la clave privada del firmante (punto anterior) lo que genera un resultado matemático único por documento. Si se modifica el documento (por mínimo que sea) esto impacta en uno de los términos que intervienen en el procedimiento matemático, alterando su resultado y evidenciando la alteración. Si, el documento electrónico firmado no se alteró, en el proceso de verificación se evidenciara tal coincidencia, la que se traducirá en la integridad del documento, que no podrá ser repudiado.

³⁴ Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999

³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Ley Modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI – UNCITRAL) 1996 – 2005. “Principio de no discriminación (Art. 5). No se privará de efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensajes de datos electrónicos y no en soporte de papel.” Criterio de “equivalencia funcional” (Arts. 6, 7 y 8) Determinando qué función básica cumplen los requisitos formales de la documentación en soporte de papel, cumplidos los mismos por un mensaje de datos se le podrá atribuir un reconocimiento legal equivalente.

concepción de la firma electrónica como género y de la digital o de la electrónica avanzada como una especie.³⁶

Toda una problemática puede ser la presentación y valoración en juicio de un registro informático y su atribución a un determinado autor, que en el sistema procesal clásico debería ser autenticado documentalmente o sujeto a una prueba pericial.³⁷

5. EL MARCO NORMATIVO ARGENTINO. La Ley 25.506 impropriadamente conocida como de “firma digital” (en adelante “LFD”), sancionada y promulgada a fines de 2001, ha montado una estructura excesivamente burocrática³⁸, y recién hace poco tiempo se cuenta con un Certificante Licenciado para el sector privado y solo tres para el sector público: la AFIP, la ANSES y la ONTI (Oficina Nacional de Tecnologías de la Información).³⁹

³⁶ PARDINI, Aníbal “Hacia un protocolo de pericia e incautación en sistema de registro informático”, en *Revista de la Universidad Austral*, que el autor tuvo a bien enviarnos por vía electrónica. N° 1, agosto 2016, pág. 85.

³⁷ IGLESIAS, Silvia - ESCOBAR, Diego Sebastián “Análisis de las implicancias legales en el uso de firma digital, firma electrónica o función de hash en contratos y documentos comerciales”, pág. 268 *IX Jornada Nacional de Derecho Contable, 11 de agosto, Córdoba 2016*.

³⁸ En el acto de lanzamiento de la Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina www.pki.gov.ar, el subsecretario Abal Medina destacó que con la firma digital los trámites, certificados o expedientes, que antes obligaban a los ciudadanos a concurrir a una dependencia del Estado ahora se van a poder realizar a través de una pantalla de computadora, significando un gran ahorro de tiempo y dinero. Por ejemplo, si las notificaciones se realizarán por este medio, se reducirían los tiempos de las acciones judiciales en un 40%, concluyó. Pero, ¿qué hace la Autoridad Certificante Raíz? Habilita a los Certificadores Licenciados para otorgar certificados a los Titulares, alias los usuarios finales de la firma digital. Sería básicamente como las normas que habilitan a los Colegios Profesionales a dar matrícula a sus afiliados. Constituir la Autoridad Certificante Raíz fue para la Subsecretaría todo un logro, principalmente por los obstáculos políticos y su desinterés asociado, y en ese aspecto deben augurarse los mejores deseos de éxitos, sin embargo ahora resta un trabajo más arduo aún, que es conseguir que entidades públicas y privadas se interesen en primer término por constituirse en Certificadores y luego cumplan con los estrictos requisitos tecnológicos, económicos, societarios, impositivos y de garantía que conlleva tal función. En el acto de lanzamiento, la AFIP en la persona del Sr. Alberto Abad, presentó la primera solicitud para ser Certificador Licenciado lo que, de ser admitida, habilitará a todos los organismos que interactúen con dicha Entidad y a los contadores a solicitar a su vez ser titulares de firmas digitales, que seguramente será una cuestión compulsiva más que voluntaria si se quiere mantener un fluido y amigable contacto tributario y fiscal. A nivel privado, cualquier empresa podrá ser Certificador Licenciado, ya que específicamente la ley establece que sus servicios se prestarán en régimen de competencia. Lo cierto es que el nivel de inversión exigido para calificar requiere necesariamente un mercado dispuesto a firmar digitalmente cuanto documento se envíe y así hacer rentable la inversión. ¿Es Latinoamérica un mercado atractivo? Hasta ahora parecería que no.

³⁹ Desde sus comienzos, el Subgrupo de Trabajo N° 13, "Comercio Electrónico" del MERCOSUR, ha insistido sobre la necesidad de llevar adelante negociaciones tendientes a lograr mecanismos que posibiliten el reconocimiento de certificados digitales entre los Estados Partes, intercambiando información sobre los marcos normativos nacionales que atañen al reconocimiento de las firmas electrónicas y digitales y de los documentos electrónicos e iniciando el proceso de redacción de normativa sobre la materia. Que se conozca hasta el presente, dio como resultado dos proyectos de resolución: “MERCOSUR/GMC EXT./RES. N° 34/06 - Directrices para la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo de firmas electrónicas avanzadas en el ámbito del MERCOSUR” y “MERCOSUR/GMC EXT./RES. N° 37/06 - Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR”. Ambos fueron consensuados en Junio de 2006, pasaron por consultas internas en los Estados Partes y han sido aprobados por el Grupo Mercado Común (GMC). La Asociación Latino Americana de Integración (ALADI) se encuentra coordinando el proyecto de Digitalización de Certificados de Origen, utilizados como documentación que acompaña cualquier proceso de importación-exportación entre los doce países de Latinoamérica que actúan bajo acuerdo de dicha Asociación. A los efectos de definir de los requerimientos técnicos, normativos y procedimentales, se ha creado un Grupo de Trabajo ad hoc en el marco de ALADI que tiene a su cargo esta tarea. En Abril de 2006 la Delegación de Argentina, integrada por funcionarios de varios organismos nacionales presentó una propuesta técnica de trabajo que conformó el documento base para el proyecto. En cuanto al sector público nacional, en rápida reseña: se han llevado a cabo lentos pero considerables avances en el Poder Judicial de la Nación, rezagado en relación a los de provincias, de acuerdo a lo sabido en la IV Conferencia Anual de Jueces (Bs. As. 03/09/2010), donde se informó acerca de la ampliación e implementación de un sistema de ingresos de causas por la web, la tramitación

El Decreto Reglamentario 2628/02 en su art. artículo 1°, regula el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica: *“En los casos contemplados por los artículos 3°, 4° y 5° de la Ley N° 25.506 podrán utilizarse los siguientes sistemas de comprobación de autoría e integridad: a) Firma electrónica, b) Firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados en el marco de la presente reglamentación, c) Firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores licenciados en el marco de la presente reglamentación, d) Firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores extranjeros que hayan sido reconocidos en los siguientes casos: 1. En virtud de la existencia de acuerdos de reciprocidad entre la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero. ...”*

El documento electrónico como una representación material destinada e idónea para producir una cierta manifestación del pensamiento representativo de un hecho, y apta para producir efectos jurídicos, se reconoce ya como documento-género.

El Código Civil y Comercial Argentino dispone en el art. 288 2ª parte *“En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una forma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”*.

Su representación escrita, volcada en papel, es instrumento-especie. Al documento alojado en el disco del ordenador no legible al ojo humano corresponde denominarlo documento electrónico, y cuando se imprime en hoja papel legible e inteligible al ojo humano, instrumento informático.

Si bien fue fruto de una maduración doctrinaria, la sanción de la LFD puso fin a todas las discusiones al establecer en su art. 6°, que *“Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.”*

Se estableció el criterio de integridad en el art. 8°: *“Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma”*.

El principio de conservación luce en el art. 12°: *“La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permita determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción.”*

Arbitró en posiciones al dejarse sentado que *“Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen,*

electrónica de oficios, la estandarización de las videoconferencias, la certificación de las firmas digitales, la digitalización de la mesa de entradas, y un proyecto que busca digitalizar bases de datos. Según la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por año se generan 600 mil cédulas enviadas a domicilios constituidos, las que insumen el sesenta por ciento del tiempo del proceso, por lo que se está implementando la notificación electrónica, las subastas electrónicas, la generación de 15 mil puestos conectados a internet con una ancho de banda en crecimiento, la firma digital y, finalmente, el digesto electrónico. Otras áreas del Estado han avanzado con mayor rapidez, particularmente la AFIP, el BCRA y la CNV4. En cuanto al sector privado, no se cuenta con estadísticas o registros del uso de la firma y el documento electrónico en nuestro país. Ello no obsta para que la utilización de la firma digital, a la que el texto legal asigna el mismo valor probatorio que la manuscrita, sea convenida entre las partes de alguno de los contratos a los que me voy a referir utilizando los servicios de un certificador no licenciado. Sintéticamente, la LFD y el Dec. 2628/02, ponen a disposición de los usuarios la firma digital, la firma electrónica, el documento electrónico y la certificación de un tercero licenciado o no. Cualquier persona física o jurídica que desee utilizarlas en nuestro país tiene el camino expedito, pero no contamos con estadísticas sobre estas aplicaciones, a contrario de lo que sucede con el comercio electrónico.

como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación” (art. 11°).

Conforme con nuestra legislación, cualquier tipo de información representada digitalmente puede transformarse en un documento electrónico y es susceptible de ser firmada digitalmente. Es por ello que la firma digital puede utilizarse para otorgar efectos jurídicos o valor probatorio a toda declaración de voluntad o de conocimiento, con independencia de su extensión o de su medio de almacenamiento, sin limitación alguna.

La ley citada ofrece dos alternativas de firma para estos soportes: la firma electrónica y la firma digital. Al que utiliza la primera le corresponde la carga de la prueba judicial, lo que se invierte con la segunda.

No se beneficia al consumidor obligándole a los costos de la firma digital.⁴⁰

6. LA CERTIFICACIÓN EN PARAGUAY.

Nos permitimos tomar de la comunicación “EL COMERCIO ELECTRONICO A LA LUZ DE LA LEGISLACION PARAGUAYA”, del académico paraguayo Prof. Dr. Bonifacio Ríos, al que hemos hecho referencia en la ADVERTENCIA PRELIMINAR y que aconsejamos consultar en integridad, aspectos de los “37. REQUISITOS BÁSICOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN: a) garantizar la utilización de un servicio rápido y seguro de guía de usuarios y de un servicio de revocación seguro e inmediato; b) garantizar que pueda determinarse con precisión la fecha y la hora en que se expidió o revocó un certificado; c) comprobar debidamente, de conformidad con el derecho nacional, la identidad y, si procede, cualesquiera atributos específicos de la persona a la que se expide un certificado reconocido; d) emplear personal que tenga los conocimientos especializados, la experiencia y las cualificaciones necesarias correspondientes a los servicios prestados, en particular: competencia en materia de gestión, conocimientos técnicos en el ámbito de la firma electrónica y familiaridad con los procedimientos de seguridad adecuados; deben poner asimismo en práctica los procedimientos administrativos y de gestión adecuados y conformes a normas reconocidas; e) utilizar sistemas y productos fiables que se requiera para prestar servicios de certificación y que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y criptográfica de los procedimientos con que trabajan; f) tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar la confidencialidad durante el proceso de generación de dichos datos; g) disponer de recursos económicos suficientes para operar de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, en particular para afrontar el riesgo de responsabilidad por daños y perjuicios, pudiendo emplearse para el efecto fianzas, avales, seguros o cualquier otro medio; h) registrar toda la información pertinente relativa a un certificado reconocido durante un período de tiempo adecuado, en particular para aportar pruebas de certificación en procedimientos judiciales. Esta actividad de registro podrá realizarse por medios electrónicos; i) no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que el proveedor de servicios de certificación ha prestado servicios de asignación de firmas electrónicas; j) utilizar sistemas fiables para almacenar certificados de forma verificable, de modo que: - sólo personas autorizadas puedan hacer anotaciones y modificaciones; -

⁴⁰ MARZORATI, Osvaldo J. “Las nuevas Tecnologías y el Impacto de la venta on-line en los sistemas tradicionales de Distribución Comercial”, Buenos Aires, Agosto de 2016, en prensa en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot.

pueda comprobarse la autenticidad de la información; - los certificados estén a disposición del público para su consulta sólo en los casos en los que se haya obtenido el consentimiento del titular del certificado; y - el agente pueda detectar todos los cambios técnicos que pongan en entredicho los requisitos de seguridad mencionados. k) demostrar la honestidad de sus representantes legales, administradores y funcionarios, a través de certificaciones de antecedentes policiales y judiciales”, a los que siguen los “38. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CERTIFICADOS DIGITALES”, las “39. OBLIGACIONES DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN” y obviamente “40. RESPONSABILIDADES”.

6.1. EL SISTEMA EN ESPAÑA. Relacionando la evolución de estos instrumentos con la experiencia en países de similares características, su uso ha experimentado gran desarrollo en España a partir del Real Decreto Ley 14/1999 (17/09/99) sobre firma electrónica, que fue aprobado con el objetivo de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas, en ese orden. Fue anterior a la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; y definió a la “firma electrónica reconocida” según las pautas impuestas luego en la Directiva otorgando equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica. En ese país, la prestación de servicios de certificación no está sujeta en ningún caso a la autorización previa por parte del Estado, inversamente de lo que sucede en el nuestro; el marco normativo simplemente reforzó las capacidades de inspección y control del Ministerio de Ciencia y Tecnología. La ley contiene, incluso, una regulación respecto del documento nacional de identidad electrónico, que es en un certificado electrónico reconocido llamado a generalizar el uso de instrumentos seguros de comunicación electrónica capaces de conferir la misma integridad y autenticidad que la que actualmente rodea las comunicaciones a través de medios físicos. Se limita a fijar el marco básico del nuevo DNI electrónico, poniendo de manifiesto sus dos notas más características: acredita la identidad de su titular en cualquier procedimiento administrativo y permite la firma electrónica de documentos remitiéndose a la normativa específica en cuanto a las particularidades de su régimen jurídico. Actualmente son pocos los lugares de ese país que no cuentan con dicho DNI. También esa ley avanzó respecto del Real Decreto Ley de 1999, que sólo permitía a las personas jurídicas ser titulares de certificados electrónicos en el ámbito de la gestión de los tributos, estableciendo el régimen aplicable a su actuación como firmantes, a efectos de integrar a estas entidades en el tráfico telemático, dada la enorme expansión que habían tenido estos certificados en dicho ámbito sin que haya aumento alguno de la litigiosidad ni de la inseguridad jurídica en las transacciones.

Los certificados electrónicos de personas jurídicas no alteran la legislación civil y mercantil en cuanto a la figura del representante orgánico o voluntario y no sustituyen a los certificados electrónicos que se expidan a personas físicas en los que se reflejen dichas relaciones de representación. Ante terceros, se limita su uso a los actos que integren la relación entre la persona jurídica y las Administraciones públicas y a las cosas o servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la entidad, sin perjuicio de los posibles límites cuantitativos o cualitativos que puedan añadirse.

Es de destacar que aunque el término “giro o tráfico ordinario”, como reconoce la Exposición de Motivos, sea de cuño mercantil, la regulación sobre los certificados de personas jurídicas no sólo se aplica a estas sociedades, sino a cualquier tipo de persona jurídica que quiera hacer uso de la firma electrónica en su actividad.

Aún más: reconociendo que el instituto de la representación está ampliamente generalizado en el tráfico económico, la ley española hace un acogimiento explícito de las relaciones de ese tipo que pueden subyacer en el empleo de la firma electrónica, dotando de seguridad jurídica la imputación a la esfera jurídica del representado de las declaraciones que se cursan por el representante a través de la firma electrónica.

Para ello, se establece como novedad que en la expedición de certificados reconocidos que admitan entre sus atributos relaciones de representación, ésta debe estar amparada en un documento público que acredite fehacientemente dicha relación de representación así como la suficiencia e idoneidad de los poderes conferidos al representante. Asimismo, se prevén mecanismos para asegurar el mantenimiento de las facultades de representación.

La ley permite que los prestadores de servicios de certificación podrán, con el objetivo de mejorar la confianza en sus servicios, establecer mecanismos de coordinación con los datos que preceptivamente deban obrar en los Registros públicos, en particular, mediante conexiones telemáticas, a los efectos de verificar los datos que figuran en los certificados en el momento de la expedición de éstos.

Dichos mecanismos de coordinación también podrán contemplar la notificación telemática por parte de los registros a los prestadores de servicios de certificación de las variaciones registrales posteriores.

6.2. DETERMINACIÓN DE FECHA EXACTA EN ARGENTINA Y ESPAÑA.

Si bien la ley española no regula ni recoge la emisión de sellados de tiempo o *time stamping*, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, la Real Casa de la Moneda y Camerfirma, que son Autoridades de Certificación y Autoridades de Fechado reconocidas por el Ministerio de Industria de España, ya han autorizado a varios certificadores privados a prestar este servicio.

La importancia de este sellado de tiempo se deriva del mismo cómputo de cualquier tipo de plazos que dé nacimiento, modifique o extinga el contrato mismo o relaciones jurídicas emergentes de su ejecución, ya que requerirá de absoluta precisión en la determinación de la fecha (día y hora exactos) por lo que no puede suceder que, electrónicamente, la hora dentro del mismo día sea distinta, a menos que los relojes de los ordenadores intervinientes no estuvieran ajustados a un solo patrón horario o fueran deliberadamente manipulados.

La seguridad en la determinación exacta de la hora tiene la misma importancia que la de la fecha. Será un tema de importancia en la revocación del contrato, particularmente en las relaciones de consumo.

Para evitar la “no repudiación” en la contratación electrónica, debe resultar imposible para una parte negar falsamente que ha enviado un particular documento o mensaje mediante el cual se ha alcanzado un acuerdo legal. Se requiere autenticación idónea ante un juez, jurado o un tercero juzgador, que la negativa de una contraparte respecto al quién, qué o *cuándo* del documento, es falsa.

Dentro de una estructura de criptografía de clave pública (o *asincrónica*) como la que implementa la ley argentina, al solicitar un certificado para firmar digitalmente un correo electrónico, el certificador licenciado emitirá un Certificado Digital (art. 13 LDF) que tiene día y hora de fecha cierta *del certificado*, basando su vigencia en esa fecha (art. 15), lo que entre otras cosas está relacionado con la vigencia del mismo, más no acredita la fecha *del documento*.

Sin embargo, cuando se firma un correo, la hora que tendrá esa firma es la que tiene la máquina del remitente en el momento del envío, que puede ser distinto del momento en que lo escribió e indicó que lo firmaba que es la que certificará una Autoridad de Certificación confiable, como por ejemplo la Autoridad Certificante para Correo electrónico de la ONTI, Sub Secretaría de

la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros que emite certificados digitales a personas físicas que realicen trámites con el Estado.

Pero además, puede protegerse el valor jurídico de la hora de la firma de un documento o correo con la participación de un tercero confiable como Certificador de Tiempo, quien emite un sello fechador que asocia una fecha digital con un documento en un modo criptográficamente seguro. El sellado digital de fecha y hora se puede utilizar con posterioridad para probar que un documento electrónico existía en el momento que indican la fecha y hora digital.

Es el clásico ejemplo del caso en que a alguien se le ocurre una idea genial, la escribe en un procesador de textos y le pone un sello fechador digital: el documento y la fecha pueden probar en un futuro esa circunstancia. O bien cuando un documento debe ser firmado por varias personas, en orden jerárquico, como una resolución donde debe firmar primero un secretario, luego el tesorero, una vez que estos dos firmaron recién firma el presidente. La Autoridad de Certificación puede emitir Sellos de Tiempo con cada firma para garantizar *la secuencia* y la fecha y hora en que se efectuaron las firmas

También es esencial, para mantener la validez de los documentos a través de los años, ya que recertificar las claves o volver a firmar los contratos requiere de la colaboración de ambas partes varios años después de la firma original. Para evitar que una de las partes se rehúse a cooperar, se interviene el contrato con el servicio de registro digital de fecha y hora en el momento de la firma, recibiendo las partes copia de tal registro, el que podrá utilizarse años después para reclamar la validez del contrato original.

La combinación de una estructura de clave pública más una autoridad de sellado de contenido y tiempo es la que mejor asegura la no repudiación de un contrato perfeccionado por medios electrónicos. Para que sea confiable, el registro de fecha y hora tendrá que evitar ser falsificado, para lo cual existen estándares tecnológicos, entre los cuales se requiere que las fechas y horas provengan de un reloj también inviolable, que no puede ser reprogramado y que mantendrá la hora exacta durante muchos años.

En el caso de la ley española, las fuentes de tiempos utilizadas, se auto calibran por distintos caminos, haciendo que la exactitud no disminuya por debajo de los requerimientos especificados (500 milisegundos de desviación) utilizando como referencia la del Real Instituto y Observatorio de la Armada en San Fernando (ROA) y la sincronización GPS (Global Positioning System) vía satélite.

Este tipo de servicios de constatación de contenido y estampado electrónico de fecha y hora no ha sido regulado por la legislación argentina; alguna mención se hace en el art. 12, como requisito para la conservación de documentos, registros o datos, que queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permita determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/ o recepción.

En el Decreto 2628/02 reglamentario de la ley se encuentra una sola mención en el art. 16, que entre los recursos del Ente Administrador incluye los de certificación digital de fecha y hora.

El Observatorio Naval Bs. As., es actualmente un organismo dependiente del Servicio de Hidrografía Naval con las misiones -entre otras- de conservar y difundir la Hora Oficial Argentina, que está asegurada con los relojes atómicos del Observatorio Naval, cuya principal característica es la regularidad de su marcha, ya que el máximo error que se puede acumular es de un segundo en más de 3000 años con la precisión de un milésimo de segundo.

La determinación de la hora se realiza mediante la inter comparación de tiempo con la Oficina Internacional de la Hora, ya sea por comparación a distancia o en forma directa por transporte de reloj, o mediante la transferencia de tiempo que provee la red satelital GPS.

Comparando el desarrollo en ambos países, surge a las claras que el intervencionismo del Estado es en buena medida la causa del atraso en el nuestro.

7. LA FORMACIÓN DE CONTRATOS POR INTERNET. Conviene ensayar una clasificación de los diversos tipos de redes de comunicación disponibles actualmente:

a) Redes públicas, de la que la más conocida es Internet, cuyos servicios de navegación si bien son gratuitos, requieren de elementos de comunicación y de un proveedor de acceso, de los que los hay gratuitos y pagos.

Internet se divide a su vez en distintos sectores con perfiles propios, entre los que se destacan las llamadas “redes sociales”, las dedicadas al tráfico de videos, de correo electrónico, de navegación, etc.

La integración de las redes de telefonía móvil celular y satelital con las de transferencias multimedial de datos admite una reclasificación según desde dónde se posiciona el observador. La telefonía celular todavía no provee facilidades para firmar digitalmente documentos electrónicos según nuestro marco legal.

b) Redes privadas a las que se tiene acceso mediante una membresía, tales como las que vinculan a los cajeros automáticos de entidades financieras, las de las empresas de transporte de pasajeros con sus clientes, la CNV con sus socios, las universidades con sus miembros, los Colegios Profesionales con sus matriculados, etcétera.

c) Redes totalmente privadas, como las que estructuran internamente las empresas para vincular sus recursos informáticos, o las que se establecen dentro de un hogar o un estudio profesional con idénticos propósitos.

A su vez, debe distinguirse a la contratación *por medios informáticos*, de los *contratos informáticos*: la primera se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico de comunicación, que gravita decisiva y realmente en el desenvolvimiento, la formación de la voluntad o la interpretación de un acuerdo, mientras que los segundos son los que tienen por objeto bienes o servicios informáticos tales como elementos “de máquina” o *hardware*, los programas o *software*, manuales de procedimientos o de utilización y los diversos servicios de apoyo o *ingeniería de sistemas*. Que son distintos a los que hemos individualizado como contratos electrónicos.

Hasta el momento existen dos maneras de contratar por medio de redes de comunicación, de las cuales la más universal y gratuita es Internet:

1) mediante el consentimiento a contratos de adhesión disponibles en portales (o “vidrieras”) de un “negocio” o empresa virtual que realiza ofertas innominadas.

2) Mediante contratos paritarios celebrados de la manera tradicional de regateo de cláusulas.

En principio, ambos son especies del género de contratos entre ausentes o celebrados a distancia.

La contratación electrónica⁴¹ abarca un arco de posibilidades que van desde la inclusión de todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos hasta considerar tales al intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Además, las comunicaciones y la tecnología actual posibilitan la existencia de contratos sin registro alguno como en el caso de reservas de vuelo telefónicas, o mediante tarjetas magnéticas u operaciones de transferencia de fondos por “home banking” (Internet) o de compra de música.

⁴¹ BORDA, A.: “El contrato celebrado por medios informáticos y las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, LL, LXVI-Nº 24, Bs. As., 2002.

8. CONTRATOS DE ADHESION Y FIRMA DIGITAL. Se generaliza la costumbre de incluir entre las cláusulas predispuestas la prórroga de la jurisdicción a la solución por medio del arbitraje de amigable composición del tipo reglamentado o institucional. A ello nos referiremos en un último capítulo, al afrontarlo dubitativamente para las relaciones de consumo, conforme la regulación particular.

Como pautas para la interpretación de los restantes contratos debe tenerse en cuenta que si se trata de un contrato de consumo deberá ser interpretado conforme las normas de la Ley 24.240 –que referiremos lateralmente en el capítulo siguiente-, debiendo admitirse en principio la validez de las condiciones generales relativas al régimen de formación del consentimiento, cuando son incorporadas por el proponente del contrato al iniciarse las tratativas y siempre que el adherente haya conocido o podido conocer y entenderlas.

Los contratos de adhesión se despliegan desde un sitio web (página de Internet) que realiza ofertas innominadas, generalmente con la ilustración de los productos desde diversos ángulos, descripciones generales y técnicas y precios. Es común, por haberse popularizado mucho, la utilización de sistemas conocidos como “carrito de supermercado” por usar dicha representación icónica, en los que el interesado va eligiendo los que resultan de su interés y agregándolos electrónicamente al carrito.

Finalizada esa etapa, que podemos denominar pre contractual, el interesado tiene la opción de “comprar” mediante el clic en el botón correspondiente, momento a partir del cual se entra en la etapa contractual propiamente dicha mediante el despliegue gradual y por etapas de las condiciones predispuestas de la oferta. En cada uno de dichos pasos secuenciales, se va preguntando al interesado si acepta las condiciones, y se solicita la por lo general la doble confirmación o doble clic, para eliminar errores de manipulación.

Sea al principio o al final del proceso, se solicitan los datos personales del aceptante y la elección de los diversos medios de pago alternativos.

¿Dónde interviene la firma digital? Es necesario introducir el concepto informático de “Protocolo”: se trata de las reglas (convenciones de formato) que usan los programas para transmitirse datos entre sí. Es el idioma de datos elegido para entenderse entre dos programas: así como dos o más personas convienen en comunicarse a través del idioma castellano o francés, el convenir en intercambiar datos en formato “Word” o “Excel” define un protocolo de transferencia de datos.

9. DOMICILIO LEGAL Y DOMICILIO ELECTRÓNICO. JURISDICCIÓN. Una evidencia de que el e-mail ha desplazado casi totalmente al transporte en soporte papel como medio de comunicación de lo escrito, es que actualmente interesa más conseguir el domicilio electrónico de un individuo, que su domicilio real, lugar que la ley fija como su asiento o sede para la producción de determinados efectos jurídicos.

En cualquier relación jurídica resulta imprescindible que cada persona humana o jurídica posea un domicilio -y no más que uno- en el cual resulten válidas y eficaces las comunicaciones que allí se cursen, de manera de no dar lugar a dudas a la administración de Justicia ni a los particulares sobre su existencia o, en caso de existir varios, cuál de ellos es el apropiado.

Así nació la firma digital, que nada tiene que ver con una firma, como venimos informando, sino que es un proceso que asegura todas estas cosas y se lo denominó “firma” por su similitud con los objetivos y efectos que tiene la firma manuscrita en un papel, de “prestar conformidad” o “manifestar la voluntad”, que tiene dos componentes que la hacen más segura que la firma manuscrita:

1) Tanto el contenido del documento firmado digitalmente, como la propia firma digital, se encriptan con un algoritmo casi indescifrable, puesto que se necesitarían años de proceso de computadoras potentes para descubrir el algoritmo encriptador.

2) Sólo el destinatario, contando con la clave apropiada, puede visualizar el contenido.

De lo que se sigue que si bien el mensaje es seguro mediante la aplicación de la firma digital, el sistema de comunicación no brinda las garantías necesarias para que sea legalmente aceptado. Existen soluciones técnicas pero no están legisladas en conjunto por una ley nacional, salvo la firma digital; cada organismo estatal busca una solución parcial al problema basada en sus propios intereses.

Resulta conveniente que sea opcional para cada persona física o jurídica tener un domicilio electrónico y que en el caso de que las personas jurídicas opten por tener un domicilio electrónico, cumplan con tal requisito como un agregado o extensión del domicilio legal anotado en el Registro.

Pero se advierte que, de no mediar una norma de alcance nacional que legisle sobre el domicilio electrónico, cada ente podría establecer sus normas, independientemente de los otros, pudiendo obligar a las personas a ingresar diariamente a numerosas páginas o *e-ventanillas* de diferentes entes, para averiguar si tiene alguna notificación electrónica o requerimiento, como en el caso de expedientes electrónicos, aunque el sistema se ha perfeccionado y suele enviarse una señal de alerta de la necesidad de ingresar para notificarse de resoluciones que pueden generar caducidad de derechos.

Parece no haber remedio más seguro para evitar futuras controversias judiciales que regular legalmente el domicilio electrónico como domicilio especial y voluntario, permitiendo su constitución a las personas físicas y/o Jurídicas, bajo ciertas condiciones. Como en la actualidad coexisten numerosos domicilios electrónicos en una misma persona, incluido un domicilio fiscal según la ley 26.044, desde la Comisión de Asesoramiento y Tecnologías de la Información de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas se ha redactado un Proyecto de Ley nacional que disponga un único domicilio legal electrónico.

10.PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. La prueba es una cuestión bien sensible para todas las operaciones electrónicas que no cuentan con encriptación de su contenido y con firma digital, pero no por ello significa que sean imposibles de probar y que dejen a las partes sin forma de validar sus acciones para defender los reclamos que entre las partes se realicen.⁴²

Toda acción electrónica puede probarse, solo que dependerá de las circunstancias que rodeen cada relación comercial, la capacidad de probanza de cada parte y de los recaudos que cada una y ambas hayan tomado. Un ejemplo sería convenir anticipadamente que el medio electrónico será su canal exclusivo de comunicación, así como definir previo a iniciar la relación comercial, cuáles serán las direcciones de correo electrónico válidas, quiénes y cuándo se podrán comunicar por mensajería instantánea, de qué números de telefonía celular se podrá recibir solicitudes de compra, entre tantas otras variables que incidirán en la ejecución del contrato.

La jurisprudencia ha valorizado particularmente esa vía de contratación electrónica, habilitándola a todos sus efectos cuando ha sido elegida o usada. Incluso para notificar la rescisión. Así lo resolvió la Cám. Nacional Comercial Sala D con fecha 3 de septiembre de 2015, en la causa

⁴² VILORIA, Mónica “Los Mensajes de Datos y la prueba de los negocios, actos y hechos con relevancia jurídica soportados en formatos electrónicos”.

“E-CORP SA c/ ADECCO ARGENTINA SA s/ Ordinario”, entendiendo cumplido el recaudo establecido en el segundo párrafo de la cláusula 10 del contrato, desde que cabe considerar al e-mail como documento escrito al que corresponde otorgar fehaciencia según la norma convencional, en tanto previo su utilización como medio de comunicación, lo que aparece sustentado en como fue redactada dicha cláusula “Todas las notificaciones requeridas o permitidas por este contrato se efectuarán por escrito y se remitirán por carta documento u otro documento de carácter fehaciente que lo reemplace...”.⁴³

11. TRIBUTACIÓN EN INTERNET. Los aportes al Estado por parte de las acciones en Internet ha sido un tema que ha desvelado a los gobiernos, por un lado porque por sus estrictas normas impositivas no se podía interpretar que las acciones en Internet estaban alcanzadas por un impuesto determinado; y por el otro, porque si bien estaban interesados en percibir las cuantiosas sumas que deberían aportar los contribuyentes, no querían desalentar las incursiones comerciales en Internet.

Con el crecimiento progresivo apuntado, vender desde China o desde U.S.A., o dentro del propio país, seguramente las mayores diferencias legales estarán en el rubro impositivo, puesto que las demás leyes de “orden público” (aplicables a todos) mantendrán su vigencia para toda la Argentina. Si el crecimiento continúa hacia el MERCOSUR –o sobre acuerdos bilaterales o multilaterales-, mucha legislación está siendo o deberá ser unificada, efectuando un análisis preventivo, cuyo resultado seguramente será que no varían sustancialmente las leyes. Ya hemos hecho referencia al “dumping”.

Parte de los aspectos tributarios se vinculan a la elección de una **Base de Operaciones**. La decisión de dónde constituir la base de operaciones seguramente será un tema a tratar con una expansión comercial consolidada, ya que difícilmente se decida cambiar la sede social al incursionar en el comercio electrónico. En la oportunidad de evaluar si trasladar la base de operaciones o no, también se deberá tener en cuenta la legislación aplicable, especialmente en lo que respecta al ámbito laboral, a los beneficios impositivos y demás cuestiones tradicionales, porque si bien Internet está “flotando entre las nubes” al momento de un reclamo baja inmediatamente a tierra⁴⁴, imponiendo una jurisdicción, tema bien complejo como veremos en una jurisprudencia.

En ponderado trabajo⁴⁵ se apunta que “La imposición directa en el comercio electrónico, la existencia de un sitio en la red o un servidor en una jurisdicción ... crea un establecimiento permanente y, por lo tanto debería corresponder a dicha jurisdicción el derecho a gravar la renta que se atribuye a esa empresa o personas visible que actúan como operadores. Sin embargo, para que ello sea posible deben redefinirse los tratados tributarios por los estados mediante convenio bi-o multilaterales, es decir, en este punto interesa la armonización internacional y la relevancia de los Convenios de doble imposición donde se diseñen líneas sobre conceptos como residencia fiscal,

⁴³ Fallo con nota de ELOIS, María A. “¿Puede rescindirse un contrato comercial mediante un correo electrónico?” en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, Marzo 2016, pág. 51.

⁴⁴ Complementariamente puede verse [Situación de los Negocios por Internet y el Comercio Electrónico en Argentina](http://www.cace.org.ar/docs/Resumen_Situacion_Economia_Digitalv01.pdf) http://www.cace.org.ar/docs/Resumen_Situacion_Economia_Digitalv01.pdf

⁴⁵ ROSAS VILLARUBIA, Ingrid – MARQUEZ, Analia Soledad “COMERCIO ELECTRÓNICO Y FISCALIDAD. Problemáticas sobre la imposición directa e indirecta. Posible soluciones” (TRADE ELECTRONIC AND TAXATION. Problems on direct and indirect taxation. Possible solutions) en *Estudios de Derecho Empresario n° 9, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.2016.*

existencia de establecimiento permanente, calificación de rentas percibidas, distinción entre residentes y no residentes, distinta tributación en función de la calificación de la renta, regular vacíos legales que para evitar la doble tributación o la no imposición cuando corresponda, etc. . En cuanto a la imposición indirecta destacamos la regulación efectuada en la Unión Europea conocida informalmente como la 'tasa Amazon' para las operaciones de comercio directo (off online), donde el IVA recaudado ya no irá a parar al país donde está la sede de la empresa, sino al país donde reside el comprador, ... Así por ejemplo Brasil y Argentina han suscripto un acuerdo bilateral para evitar la doble tributación en el ámbito del Mercosur. Respecto al Impuesto a las Ganancias Brasil ha firmado numerosos acuerdos bilaterales con diversos países europeos con el mismo objetivo⁴⁶. Si bien en el ámbito del Mercosur se estableció un Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico, sin embargo, su tarea se limita a la regulación en materia de defensa al consumidor. Además no se trabaja sobre otro punto álgido que refiere a la jurisdicción ante un conflicto entre países. En este sentido la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁴⁷ estableció que "la situación puede ser más complicada en el caso de las transacciones internacionales, ya que la incertidumbre acerca de la jurisdicción sobre el comercio realizado a través de Internet o teléfono, se considera uno de los principales obstáculos al comercio internacional".

12.FACTURA ELECTRÓNICA. A los fines de reducir la evasión fiscal, los organismos de control impositivo de cada país, han ido implementando la factura electrónica. Tal es el caso de la Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina (AFIP) que dispuso que a partir del mes de abril de 2007, la emisión de facturas electrónicas sea obligatoria para empresas proveedoras de Internet, medicina prepaga y TV por cable o satelital. Por su parte, para las compañías de telefonía celular la obligatoriedad comenzó a regir en el mes de julio de ese mismo año, y así gradualmente hasta abarcar a todo el universo de contribuyentes. La factura electrónica otorga validez tributaria a operaciones comerciales efectuadas mediante documentos generados electrónicamente, con una importante economía de recursos respecto de los que son emitidos físicamente.⁴⁸

Como principios rectores del sistema, reconoce al interés general de los actores involucrados; la eficacia desde la óptica de la gestión empresarial y la posibilidad de control por parte de la Administración tributaria.

Son ventajas de la Factura Electrónica: a) Que llegan a través del correo electrónico o se pueden consultar en la web en forma instantánea; b) Son más comprensibles y se tiene la posibilidad de conocer los detalles de consumo desde la web; c) Mejora de la relación empresa-cliente, ya que éste último recibe antes la información y en un formato más sencillo de guardar y clasificar; d) Genera un conjunto de servicios de valor añadido, ya que el emisor pone a disposición del cliente la información que posee del mismo; e) Importa un ahorro de gastos en los envíos postales, así como economía de recursos, ya que no se requiere imprimir talonarios con original y dos copias, porque la factura electrónica se puede imprimir en cualquier papel y con la ventaja adicional de que no se acumularán facturas en papel; y f) Reduce la deforestación y posterior contaminación por usar cloro en el proceso de blanqueo del papel. Son ejemplos de las últimas ventajas, que el costo de emisión de un recibo en papel asciende (conforme información de la UE) a 0.75 euros, mientras que en el caso de la factura electrónica, su costo es de 0.05 euros, y el gasto de tiempo es prácticamente nulo;

⁴⁶ ALTMARK, Daniel Ricardo y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de Derecho Informático*, T. II°, pág. 286, Buenos Aires, La Ley, 2012.

⁴⁷ El Comercio Electrónico y el papel de la OMC

⁴⁸ VIEGA, María José *Lecciones de Derecho Telemático*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

y que en una empresa como Telefónica (Uruguay), la facturación electrónica permite el ahorro anual en consumo de papel del 40% equivalente a más de 700 toneladas.

Si bien los grandes beneficios antes mencionados seguramente se generarán, el receptor estará forzado a leer atentamente los correos electrónicos con facturas electrónicas recibidas, ya que desde su recepción se contará el plazo legal para observarla por defectos en su elaboración. También deberá asegurarse de rescatar aquellas facturas que el proveedor de Internet haya considerado spam.

Será otro tema de análisis las posibilidades de ser reclamadas judicialmente, ya que los Tribunales no tienen la misma visión o posición que la Autoridad Recaudadora para analizar este documento enviado por correo electrónico y del que surge una deuda dineraria líquida y exigible.

IV - VENTAS A CONSUMIDORES (B2C).

Hasta aquí nos hemos referido a la compra venta internacional y a la contratación electrónica, vinculándolas tangencialmente con su relatividad frente a las relaciones de consumo. Ahora nos dedicaremos, aunque brevemente, a avizorar problemas del “respeto al derecho del consumidor” en aquel tipo de compraventa.

Uno de los grandes problemas metodológicos de protección al consumidor es sobre si el mismo debe ser abordado también en la legislación que protege la libre competencia, e inclusive si no deben introducirse modificaciones en la legislación impositiva –tema al que acabamos de hacer referencia-. Son temas centrales de un posible debate. El Derecho de la Competencia tiene también como objetivo la protección del consumidor y propulsar innovación en el mercado. Pero el desarrollo del Derecho de la Competencia es lento, mientras el desarrollo del mercado es vertiginoso.

En el análisis del Derecho de la Competencia, en especial en puntos de creciente conflicto con prácticas y mercados de servicios innovadores (como Whatsapp⁴⁹, Uber⁵⁰, Airbnb⁵¹, Google⁵², etc.), y en la restricción de carácter preventivo de situaciones con mero potencial de actuación desleal, se busca demostrar la necesidad de reformulación conceptual y legislativa frente al cambio cultural, social y económico traída por esos avances tecnológicos, aumento poblacional y globalización de la información, y de la incentivación de la compraventa internacional electrónica a consumidores.

A ejemplo de la Comisión Europea, las autoridades de defensa de la competencia de diversos otros países se han vuelto más voraces en la persecución de lo que juzgan como infracciones de competencia. En tal proceso, mercados de rápida innovación y preocupaciones en cuanto a dominio de mercado han sido los temas de mayor evidencia. No necesariamente debe entenderse la

⁴⁹ Aplicativo de envío gratuito de mensajes de texto, audio e imágenes, y llamadas vía smartphone o computadora. <http://www.whatsapp.com>

⁵⁰ Aplicativo que conecta conductores particulares con pasajeros que necesitan de transporte, como una alternativa al transporte público o al taxi. <http://www.uber.com>

⁵¹ Web sitio y aplicativo que permite que personas oferten hospedaje en sus propias casas a viajeros o demás público de interés. <http://www.airbnb.com>

⁵² Proveedor de búsquedas, entre otros productos. <http://www.google.com>

innovación excesivamente superior a la de los adversarios como una desventaja desleal. Si no se pasaría a perseguir a los que “vencen la competencia” y son más eficientes, no debiendo aceptarse prácticas burocráticas que buscan crear situaciones de igualdad artificial, y penalidades a aquellos que actúan legalmente con mayor eficacia o innovación, conquistando o intentando conquistar un porcentaje del mercado muy superior a la de sus concurrentes.

En función de ello corresponde hacerse preguntas en nuestro particular análisis del comercio electrónico y la protección a los consumidores desde el punto de vista del derecho de la competencia: ¿Programas como *Whatsapp* son el resultado de una iniciativa empresarial sagaz e innovación en la forma de ofertarse un servicio, y, así, podrían recibir cómo “premio” natural por eso el dominio temporal⁵³ del mercado de envío de mensajes de texto?, ¿O debe recibir imposiciones que lo deje en una posición de mayor igualdad a los límites de las empresas de telefonía, para garantizar que sea una competencia justa? ¿Cuál es el equilibrio y como poner coto a la apetencia estatal de generar nuevos impuestos, no siempre constitucionales? ¿Las autoridades de defensa de la competencia en verdad inhiben la competencia?, ¿Lo que ellas buscan es la competencia equilibrada en la que ningún concurrente es muy superior a otro de la misma categoría?, ¿Eso no sería el opuesto de libre competencia?, ¿Eso no afectaría negativamente el consumidor?, ¿La idea no sería permitir que la selección natural de la competencia resultara en la supervivencia de la mejor oferta al consumidor?, ¿Restringir nuevas tecnologías a las limitaciones de la tecnología que ella ultrapasó no es un golpe contra la innovación?, ¿Por fin, el derecho de la competencia no ha seguido una ideología contraria a los preceptos que debería proteger?

A través de la idea de que lo que se combate no es el monopolio, y sí el abuso de mercado que se hace potencialmente posible a través de un monopolio; como las barreras artificiales de entrada (en oposición a lo que se podría llamar de “*barreras naturales positivas*”⁵⁴), el precio predatorio, la fidelización ilegal, entre otras prácticas ilícitas; la persecución sufrida por algunas empresas tiene carácter preventivo no justificado por indicios de ninguna de estas prácticas, y si por la mera eventual posibilidad de una actitud dominante en el mercado, sancionada en el Título Preliminar de nuestro Código Civil y Comercial argentino, en cuanto genere o pueda generar daño.

El fenómeno de la globalización y el efecto producido por las modernas tecnologías, a las que nos hemos referido, sumado a otros factores económicos, políticos, legales y sociales han ocasionado un cambio significativo en las relaciones de consumo, lo cual coloca siempre de relieve la noción del consumidor, el rol que este cumple como agente económico y social y la debida protección que debiera gozar.⁵⁵

A su vez, en la relación de consumo debemos apuntar a la noción de proveedor o profesional, que es la contraparte del consumidor en esa relación. Puede definírsele como una persona física o jurídica que actúa en el marco de una actividad habitual, interesada (lucrativa) y organizada de

⁵³ Temporal porque se trata de una era de cambio rápido de tecnología. O sea, a partir del momento en que un servicio pasa a dejar mucho que desear, cualquier uno que tenga una buena idea y acceso a los medios de crear un aplicativo, puede ofertar y divulgarla a los consumidores. Y si esa oferta corresponder a una demanda existente real, los consumidores migrarán a esa tecnología. El monopolio temporal se trata del mismo concebido y permitido a través de patentes de explotación o producción exclusiva de un producto por tiempo determinado.

⁵⁴ Siendo las barreras naturales en ese ejemplo factores como la satisfacción general de los consumidores con un servicio o producto, la fidelidad del consumidor a la marca, precios bajos difíciles de ser alcanzados por otros competidores, etc.

⁵⁵ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Código de Defensa del consumidor y de Protección de la Economía Popular de Perú.

producción y de distribución de bienes o de prestación de servicios –en el caso nos limitaremos a aquella distribución-. Se trata de un concepto multidireccional; el profesional es generalmente un comerciante, puede también serlo un industrial, un artesano o un profesional liberal. Puede ser una persona física o jurídica.⁵⁶

Hay situaciones híbridas, donde aparezca como profesional y consumidor, como cuando aquel realiza un acto necesario para su futura profesión, en cuyo caso la jurisprudencia francesa hace prevalecer la finalidad profesional, descartando la aplicación de la tutela al consumidor, o la adquisición para uso mixto o promiscuo, o del que contrata un bien para las necesidades de su profesión pero fuera de su especialidad.⁵⁷

Nuestra sociedad es una sociedad de masas, de consumo, de consumidores que consumen en masa, y el punto de partida fueron los Tratados Comunitarios en la Unión Europea, que se inicia en la Cumbre de París del año 1972, deviniendo la creación en 1973 del Comité Consultivo de los Consumidores, del que devienen otras organizaciones, y una primera intervención en el año 1976 del Tribunal de Justicia de las Comunidades (el “cassis de Dijon”).⁵⁸

En los lugares altamente industrializados y densamente poblados como Europa y Estados Unidos de América, se ha desarrollado suficientemente esta parte del derecho y desde allí fueron transmitidos a Sudamérica, donde los países componentes del bloque del MERCOSUR cuentan con legislaciones reguladoras del mismo, así tenemos en la República Argentina una ley especial (24240, modificada por la Ley 24999), que establece la responsabilidad objetiva del productor fabricante, importador, distribuidor, proveedor del bien, vendedor y titular de marca. Igualmente en el Brasil existe una ley especial de defensa del consumidor (Ley 8078) que también establece una responsabilidad objetiva derivada por daños causados por productos y servicios y la responsabilidad subjetiva derivada de hechos delictivos típicos calificados en la misma ley. Finalmente en el Paraguay al igual que en la legislación uruguaya los casos de daños ocasionados al consumidor en virtud de la relación jurídica de consumo reenvía a las disposiciones del Código Civil. En América Latina recién después de la década del 60 comenzaron tímidamente a surgir la inquietud para la protección de los intereses del consumidor, tal vez fue Colombia el primer país preocupado por la suerte de aquél. Sin embargo, en esa época ya con claridad surgía como un derecho autónomo en la Legislación europea y norteamericana; pero, en rigor recién en estas dos últimas décadas que en los demás países alcanzaron fuerzas por el reconocimiento de este derecho y se organizaron las instituciones destinadas a la protección de los consumidores. Siguiendo la opinión de Gabriel Stiglitz y otros en la obra: “Defensa de los consumidores, de productos y servicios”: “Las normas armónicas nacionales deben tender a lograr los standards comunes más elevados si no queremos favorecer paraísos que pronto se transformen en infiernos para consumidores y proveedores. A ello se deberán enfrentar los múltiples procesos de integración subregional que se inician en América, y ello deberá ser tenido en cuenta en los acuerdos de

⁵⁶ STIGLITZ, Rubén S. “Nuevos temas incorporados a la Teoría General del Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación” en AAVV *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial – Contratos – Pate General*, Rubén S. Stiglitz Director, Ed. Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires 2015, tomo I pág. 3, esp. 18.

⁵⁷ STIGLITZ, Rubén S. ob. cit. en nota anterior pág. 22 y ss.

⁵⁸ CORRIENTES CÓRDOBA, José Antonio “La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los Tratados Fundacionales al de la Unión Europea (MAASTRICHT)”, pág. 8 y ss. en AAVV *Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*, Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

complementación económica que se están negociando actualmente. La solución más avanzada es la que se ha logrado en la Comunidad Europea, donde se ha elaborado un verdadero nuevo orden jurídico - el derecho comunitario - que se impone al derecho nacional de cada uno de sus Estados miembros. Aunque por aquí estemos lejos de ello, mucha de esta experiencia debería servir y ser recogida a los efectos de lograr las mejores leyes y disposiciones nacionales comunes. Un buen ejemplo es el de la necesidad de legislar con criterios comunes en materia de publicidad, ya que ésta circula por los más variados medios a través de todo el continente, donde emisor y receptor pueden estar sujetos a legislaciones diversas. También aquí pueden ser buena guía la necesidad que tuvieron los países miembros del Consejo de Europa de regular la publicidad transmitida por televisión cuando ésta es recibida en países distintos al país emisor (Convención de Estrasburgo de 1989).⁵⁹

Existe un orden público en materia de relaciones de consumo, incorporados a las normas que las regulan. En México, en 1976 entra en vigor la Ley federal de protección de consumidor, que ha tenido múltiples reformas. Esta Ley es de orden público e interés social, cuyo objetivo es de promover y proteger los derechos de los consumidores y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Entre sus principios básicos se encuentran: "la efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología evitando en todo caso el manejo fraudulento de la información proporcionada y la correcta utilización de los datos aportados." A nivel internacional, el orden público e interés social son nociones a geometría variable, puesto que cada país interpreta según sus usos y costumbres lo que está prohibido o no.⁶⁰

El ARTÍCULO 7° del nuevo Código Civil y Comercial argentino, sobre "Eficacia temporal" y en forma similar al art. 3° C.C. del Código derogado, dispone "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". Aquí aparece el principio de protección a las relaciones de consumo y al orden público.

Por ello las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata, sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del derecho al consumo.⁶¹

1. SITUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS.⁶²

⁵⁹ Hemos seguido la opinión del Académico paraguayo Prof. Dr. Ríos Avalos, antes de conocer su específica ponencia al IX Congreso de Academias.

⁶⁰ OBÓN LEÓN, Ramón "El orden público y el interés social en la nueva Ley federal del derecho de autor", *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.

⁶¹ Que el CCC argentino recoge no sólo para los contratos en general (arts. 1096 a 1122 CCC), sino que también se extiende a ámbitos específicos de tutela al consumidor, conforme ha resuelto la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Buenos Aires, Sala III con fecha 9 de diciembre de 2015 en la causa V.M. de los A. c/ San Cristóbal Seguros Geneales S.A. s(Daños y perjuicios, incumplimiento contractual. TAMBUSI, Carlos E. "La aplicación inmediata de la norma más favorable al consumidor" en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, Buenos Aires, Mayo 2016, pág. 89.

1.1. La situación que brevemente se expone tiene alcance general para el conjunto de la contratación electrónica, de la que, obviamente, la compraventa, sea en el ámbito nacional o en el internacional, es la figura contractual más habitual; ocurre, no obstante, que la protección del consumidor o usuario está planteada como un problema que surge respecto del fenómeno del comercio electrónico, sea cual sea el contrato en particular que se celebre en cada caso.

1.2. En efecto, atendiendo a ese criterio, la normativa de protección de carácter más amplio aparece recogida en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), de 16 de noviembre de 2007, con diversas modificaciones posteriores, cuyos artículos 92 a 113 regulan, a partir de las Directivas europeas en la materia, los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. La contratación electrónica, a estos efectos, es tratada como una variante o modalidad de la contratación a distancia, a la que son aplicables las reglas allí contenidas.

1.3. En los citados preceptos, la LGDCU agrupa en cuatro capítulos las siguientes cuestiones:

a) reglas de carácter general sobre el ámbito de aplicación, donde se consideran técnicas de contratación a distancia el correo postal, internet, el teléfono y el fax, y donde se establecen algunas excepciones de aplicación por el carácter especial de la materia; así mismo se contienen aquí reglas sobre las comunicaciones comerciales electrónicas y a distancia y los servicios de intermediación, (artículos 92 a 96)

b) reglas sobre la información precontractual que debe ser ofrecida al consumidor y sobre los requisitos formales de los contratos a distancia, con posible sanción de nulidad por incumplimiento y con expresa mención de la regla según la cual “la falta de respuesta a una oferta de contratación no puede considerarse en ningún caso como aceptación de tal oferta” (artículos 97 a 101).

c) régimen del esencial derecho de desistimiento, que comprende el concepto y las excepciones, el plazo de ejercicio, los efectos, las obligaciones y las responsabilidades (artículos 102 a 108); se trata de un mecanismo fundamental de protección que permite el “descuelgue o abandono del contrato” por parte del consumidor sin alegar causa y sin que ello suponga resolución o incumplimiento indemnizable.

d) reglas sobre la ejecución del contrato a distancia, con previsiones especiales sobre el pago y la sustitución del bien objeto del contrato (artículo 109 a 113)

1.4. Además de este marco general aplicable a la contratación a distancia, y dentro de ella a la contratación electrónica, hay que tener en cuenta que la misma LGDCU contiene otras medidas de protección de consumidores aplicables también con carácter general (así, el régimen de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas, la garantía de conformidad en los productos de uso y consumo, la responsabilidad civil derivada de daños causados por productos defectuosos, etc.)

1.5. Asimismo, en la propia LGDCU está previsto el recurso a un Sistema arbitral de Consumo (artículos 57 y 58), que ha sido ampliamente desarrollado por el Real Decreto de 15 de febrero de 2008, modificado por el de 14 de mayo de 2009. En estas normas de desarrollo se regula en detalle

⁶² Este apartado inicial del capítulo IV – VENTAS A CONSUMIDORES, es una colaboración de nuestro invitado, Jesús Quijano González, Catedrático de Derecho Mercantil, de la Universidad de Valladolid (España), Miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a quién agradecemos su gesto, y al que hemos hecho referencia en la ADVERTENCIA PRELIMINAR.

todo lo relacionado con tal sistema (objeto y ámbito de aplicación, organización a través de las Juntas arbitrales de consumo, procedimiento de actuación, alcance del convenio arbitral) y se añaden algunas especialidades precisamente para el arbitraje de consumo electrónico y para el arbitraje de consumo colectivo.

1.6. Además del sistema arbitral, cabe la posibilidad de utilizar un mecanismo específico de mediación como vía de resolución de conflictos, pues la Ley de 6 de julio de 2012, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, habilita esta opción voluntaria y por mutuo acuerdo entre las partes de modo general y también de manera específica mediante procedimiento electrónico.

1.7. Fuera de la LGDCU hay que tener en cuenta que otras disposiciones mantienen reglas particulares sobre alguno de los supuestos o figuras contractuales allí previstos con carácter general (así, por ejemplo el artículo 38 de la ley de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996, sigue manteniendo un concepto particular de la venta a distancia), o adaptan el régimen de la contratación a distancia a otros sectores (así, la Ley de 11 de julio de 2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, complementaria en ese aspecto de la importante Ley de Contratos de Crédito al Consumo, de 24 de junio de 2011).

1.8. Hay que añadir también que el propio Código de Comercio, en su artículo 54, que fue redactado de nuevo por la Ley de 11 de julio de 2002 que a continuación se mencionará, contiene la regla general sobre momento y lugar de perfección del contrato celebrado entre ausentes, en estos términos: “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”. Pero tal regla general tiene una excepción expresa a continuación, precisamente pensada para la contratación electrónica y en coherencia con la mayor agilidad del tráfico informatizado: “En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”, lo que significa que no es necesario remitir la perfección del contrato al momento en que el oferente conozca la aceptación.

1.9. Al marco hasta aquí descrito, hay que sumar la disposición que de manera más específico atañe al fenómeno del comercio electrónico, aunque se trata más bien de una norma referida al uso de esa técnica en la celebración de contratos y no tanto de una norma de protección de consumidores que contratan online o en la red. La Ley en cuestión es la de 11 de julio de 2002, con algunas modificaciones posteriores, denominada “de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, que vino a introducir en el Derecho español la Directiva Comunitaria del año 2000, sobre comercio electrónico. Junto a algunas reglas particulares sobre la contratación electrónica en general (perfección, validez y eficacia, prueba, etc. del contrato celebrado online), tiene interés destacar que en la citada ley se contemplan expresamente las dos vías procedimentales (judicial y extrajudicial) a través de las que se pueden ejercer las acciones disponibles, y en particular la acción de cesación, configurada como una acción colectiva –a las que nos referiremos más adelante, acotamos-, complementaria de las que están previstas en la legislación de protección de los consumidores (acciones declarativas, de remoción y rectificación, de indemnización, etc.) y relacionada con los supuestos de legitimación activa que la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene para estos casos.

1.10. Finalmente, el uso habitual de firma electrónica para formalizar la contratación ha sido expresamente contemplado por la Ley especial (Ley de Firma Electrónica, de 19 de diciembre de

2003, con posteriores modificaciones), donde se regula tanto la tipología de firmas, como las condiciones de seguridad en la identificación del sujeto firmante y de protección de la invariabilidad del contenido del mensaje transmitido con firma electrónica.

1.bis. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL TEMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO DEL 2015. Nuestro Código Civil y Comercial Argentino sólo atiende a la documentación electrónica en los contratos a distancia con un consumidor. El contrato de consumo tiene una regulación dual.⁶³ Por ello focalizaremos nuestra atención en ese aspecto.

En el contexto de la reciente reforma del 1° de agosto de 2015, que implica un nuevo Código Civil y Comercial, la cuestión es explicada en la Exposición de Motivos de elevación del Anteproyecto, que transcribimos como el mejor aporte que podemos ofrecer, para considerar en los debates del Congreso Iberoamericano de Academias:

“TITULO III. Contratos de consumo.

1. Método. De conformidad con la posición asumida en el punto primero del Título II, hemos decidido incorporar la regulación de los contratos de consumo.

Hemos asumido que constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

El problema que debemos resolver en este título es cuál es la extensión de la regulación, en particular, si es adecuado reproducir en el Código Civil las reglas de la legislación de consumidores o bien sólo unos principios y reglas generales.

La primera opción no ha sido seguida en la legislación comparada. Si bien hay Códigos que han incorporado reglas específicas, lo han hecho de modo muy limitado. Hay dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a). la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada; b). La sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema. Hoy existen normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes:

En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.

También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común,

En el campo de la interpretación, se establece un “dialogo de fuentes” de manera que el código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación

⁶³ SANTARELLI, Fulvio G. “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación” en AAVV *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – Contratos – Parte general-* cit. tomo I pág. 539 y ss.. La reciente reforma del Código Civil francés –febrero 2016- no introduce normas de tutela a los consumidores, manteniéndose en ese país la regulación específica en un Código del consumo.

detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

De modo complementario con esta concepción, es necesario dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores, y en los aspectos generales, solucionar algunos problemas. Por esta razón es que se abordamos la noción de relación y de contrato de consumo y otros aspectos.

2. Definición de relación y contrato de consumo

La regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, depende de lo que se entienda por relación de consumo. La solución más sencilla es remitir a la ley especial, pero ocurre que la ley 24240, con las modificaciones de la ley 26.361, ha sido criticada ampliamente por la doctrina en este aspecto.

Por esta razón se adoptan las siguientes definiciones normativas:

Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.

3. Consecuencias prácticas del método adoptado

Al separar en dos títulos, el régimen de contratos de consumo es totalmente diferente. Por esta razón, en los contratos de consumo hay un control de incorporación y de contenido de la cláusula abusiva. Esta característica hace que pueda ser declarada abusiva aun cuando el consumidor la apruebe; lo mismo ocurre con la aprobación administrativa; nada impide la declaración de abuso. Esta regla se aplica aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión (que es un problema de incorporación de la cláusula) es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.

En el otro extremo están los contratos negociados, regulados en el primer título, a los que nada de lo anterior se aplica. Dentro de los contratos negociados, puede haber una situación de debilidad que son los de adhesión, donde la negociación no se produce. En estos casos distinguimos: si hay negociación, es válido; si no la hay, puede haber declaración de abuso.

Es necesario definir la relación de consumo, porque esta comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la

publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales. - En la definición se utilizan dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo no solo se incorpora el criterio más extendido actualmente, que es el de la no profesionalidad, sino que también se resuelven muchos conflictos. En particular hay mucha discusión sobre los vínculos que celebran empresas para su consumo final, que, con esta definición, quedan excluidos. La tutela, en este último supuesto, surgirá de los contratos celebrados por adhesión. De esta manera hay mayor consistencia con el derecho brasileño, ya que el Supremo Tribunal Federal consideró que no es aplicable el Código de Defensa del Consumidor a una relación entre empresas, y la doctrina ha comentado favorablemente esta interpretación, señalando que lo contrario haría que se borre toda distinción entre comercio y consumo, lo que terminaría en una generalización que perjudicaría a los más débiles.

4. *Formación del consentimiento.* En este tema hay profundas diferencias con la parte general de contratos regulada en el Título II, y además, no hay una regulación sistemática en el derecho argentino, lo que justifica una mayor extensión en el tema. - En primer lugar se consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta disposición no es igual a la existente en los contratos en general, donde la parte que obtiene información a su costo, no tiene, por regla general, que compartirla.

Se propone la regulación de las prácticas abusivas. Conforme con lo dicho en relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el "trato digno", de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

La ley actual contiene la siguiente norma: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor (Artículo 8 bis incorporado por artículo 6° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

Sin derogarla, se la amplía con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

También se sugiere la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores.

La ley vigente tiene la siguiente norma: "Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. (Art 8. Párrafo incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 24.787 B.O. 2/4/1997).

La regulación que proponemos es más amplia, sistemática y conforme a los criterios actuales de la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores. Se define la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales y se especifican las acciones que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato.

5. Modalidades especiales

En este capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son, entre otras, las siguientes:

El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado, ...La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación....”.

Hasta aquí la transcripción, recordando –conforme la referencia constitucional de estas notas explicativas, que Paraguay incorporó la protección al consumo en su Constitución en el año 1992 y la Argentina lo hizo recién dos años después. Volveremos sobre este punto, pero destacamos que nuestro novel Código Civil y Comercial, que regula las relaciones de consumo y las normas protectivas, reitera en su art. 1º ese principio constitucional “1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados...”. Es que la Constitución de cada país es un camino normativo de diferente alcance y rango, dirigido a proteger en cualquier otro tipo de disposiciones los derechos de los consumidores. Hay pocas materias como el consumo, tan idóneas para comprobar como la fuerza normativa de la constitución despliega su eficacia en todas las direcciones del ordenamiento.⁶⁴

2. LAS NORMAS RESPECTIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. Coherentemente con lo expuesto, para considerar temáticamente en las discusiones de este Congreso, transcribimos también las soluciones normativas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino:

**TITULO III - Contratos de consumo CAPITULO 1 - Relación de consumo*

ARTÍCULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

ARTÍCULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

CAPITULO 3 Modalidades especiales

ARTÍCULO 1104.- Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro

⁶⁴ CASCAJO CASTRO, José Luis “Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores”, pág. 38 y ss. en AAVV *Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*”, Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

ARTÍCULO 1105.- Contratos celebrados a distancia. *Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.*

ARTÍCULO 1106.- Utilización de medios electrónicos. *Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato **conste por escrito**, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.*

ARTÍCULO 1107.- Información sobre los medios electrónicos. *Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro **quién asume esos riesgos**.*

ARTÍCULO 1108.- Ofertas por medios electrónicos. *Las ofertas de contratación por **medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente** o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.*

ARTÍCULO 1109.- Lugar de cumplimiento. *En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.*

Como se advertirá, y fue anticipado en sus Fundamentos, expresas soluciones tutelares en favor del consumidor, aplicables a la compraventa internacional y la forma de contratación electrónica.

3. OTRAS NORMATIVAS. La Convención sobre la Compraventa de Viena rige los contratos de compraventa internacional de mercancías entre empresas privadas, con excepción de las ventas a consumidores y las ventas de servicios, así como las ventas de tipos concretos de mercancías. Aquí pasamos a acotar todo lo que hemos venido describiendo.

Esas Convenciones basaban la relación en la teoría clásica del contrato: libertad, igualdad y orden público. Ahora se distinguen dos tipos de contrato: los paritarios y los de consumo donde las partes no se ubican en un plano de igualdad.

Los contratos celebrados a distancia son una modalidad de ambas formas de contratación, y los celebrados electrónicamente una modalidad de los celebrados a distancia.

Los contratos de adhesión, ya consolidados como el estándar en las modalidades de comercio electrónico en Internet, contienen una oferta general e innominada, durante un tiempo. Si al lector le interesa aceptar la oferta, habrá de ir desplegando información que, progresivamente, solicita su conformidad para avanzar en las condiciones predispuestas. En todo momento dispone de las condiciones de retractación para abandonar el proceso de aceptación. Ambas alternativas, la de aceptación progresiva y la de retractación se confirman mediante la pulsación de un “botón” informático a través del teclado o la ubicación del puntero del ratón (mouse) para hacer “clicke”. El uso generalizado de este último y la costumbre de solicitar dos veces la orden, ha sido confirmada por la jurisprudencial extranjera, que ha dado en denominarla o “click wrap agreement” o “web wrap agreements”⁶⁵.

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial Argentino, reiteramos sin derogar la ley de protección a los consumidores, se expresa: “En cuanto a la firma su efecto propio de la es la asunción del texto, es decir de la declaración de voluntad, tal como se proyecta. Se agrega un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que ya figura en el Proyecto de 1998 y que está en consonancia con la ley 25506 de firma electrónica, de acuerdo al cual –si bien luego se consignan excepciones- “*cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia*”.

En el derecho comparado hay distintos modelos.

Una opción es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del *Código del Consumo* Italiano (Decreto Legislativo n° 206 del 6 de setiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias española (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco la incorpora al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2 al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el “propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas *operaciones de consumo*”.

Con otro criterio, la reforma del año 2002 el Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al Derecho del Consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones comerciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (arts. 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de contratación (Libro 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad

⁶⁵ El método click-wrap fue presentado en las cortes en “ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). Fue confirmado en lo sucesivo en muchos otros casos como: *Feldman v. Google, Inc.*, 513 F.Supp.2d 229 (E.D.Pa. 2007); *In re Real Networks, Inc. Privacy Litigation*, No. No. 00-1366, 2000 WL 631341 (D. Ill. May 8, 2000); *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie*, No. 98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. Apr. 16, 1998). *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F.Supp.2d 585 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd*, 306 F.3d 17 (2d. Cir. 2002), proporciona la más clara definición del acuerdo o licencia clickwrap. GOMEZ, Hernán Adrián “El contrato electrónico internacional de transporte aéreo en el ámbito del MERCOSUR. Consideraciones sobre la cláusula arbitral”, citado.

por productos (Libro 6, arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, arts. 194 a 196).

En Perú el Código de Protección y Defensa del Consumidor esta integrado con las leyes 29571, 29888, 30040 y 30056.⁶⁶

En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo. Se establecen requisitos para las cláusulas generales predispuestas: deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Estos requisitos se extienden a la contratación telefónica o electrónica, o similares. Su interpretación es en sentido contrario a la parte predisponente.

Ese rango constitucional esta instaurado también en la Constitución de Brasil, art. 5° inc. 31 dentro del Capítulo I “De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos – Título II “De los derechos y Garantías Fundamentales”: “el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela da protección al consumidor en el art. 117, en el Capítulo VII “De los Derechos Económicos”: “los procedimientos de defensa del consumidor”.

La Constitución de los Estados Unidos de México lo determina en el art. 28, Cap. I “De las Garantías Individuales” con fijación de políticas económicas proteccionistas, finalizando “La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

La Constitución de la República del Salvador lo hace en el art. 101, título V “Orden Económico” con similares declaraciones, concluyendo “Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”.

La Constitución de la República de Ecuador establece una sección expresa, y en la Sección Tercera de la misma “De los Consumidores, prescribe en el art. 92 una serie de normas tuitivas.

La Constitución de Colombia lo hace en su art. 78, incluso disponiendo que “garantizará la participación de las organizaciones de consumidores”.

Guatemala lo hace en el art. 119 de su Constitución sobre las Obligaciones del Estado, y en su punto i) “La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

La Constitución de Perú lo hace en el Título III “Del régimen económico art. 65 “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho de la información...”.

La República de Paraguay, anfitriona de este Congreso lo hace en el art. 38 determinando “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa ... de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

La Constitución de nuestro país, la República Argentina, lo hace en su art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la

⁶⁶ CARBONELL O'BRIEN, Esteban *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Jurista Editores, versión actualizada y ampliada, Lima 2015.

protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.- Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. – La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.⁶⁷

Esa defensa de la competencia, a nivel mundial, impulsada originariamente por la legislación europea y luego por la de la Comunidad Europea, se han prologado en normas de conducta, tuitivas de los consumidores, atribuyendo responsabilidades por la calidad de los productos, por la transparencia de las operaciones y en el óptimo funcionamiento de los mercados.⁶⁸

El *Competition Law* de la Unión Europea y el *Antitrust Law* de Estados Unidos de América, como son más comúnmente referidos, divergen en más de lo que la terminología que los denomina, y, de forma generalizada, la mayor parte de los demás modelos internacionales de Defensa de la Competencia se refleja, en un modelo o en el otro. Por ello deberían analizarse los marcos jurídicos que representan ambas estructuras de defensa de la competencia, la europea⁶⁹ y la norteamericana⁷⁰, en la investigación de las raíces y futuras tendencias de la ideología de defensa de la libre competencia.⁷¹

V - LA CLÁUSULA ABUSIVA.⁷²

Un problema que debe atenderse es a la existencia de cláusulas abusivas. Importante en toda la contratación, pero potenciado en los contratos con consumidores, conforme la tutela normativa a este contratante débil. Podríamos considerarlas dentro de las medidas de seguridad preventiva, pero preferimos anticipar e independizar su tratamiento pues hacen a la formación del contrato.

En el derecho comparado la calificación de abusividad de una cláusula resulta de diversos criterios, particularmente vinculado a su negociación.⁷³ Otro aspecto son las “prácticas abusivas” en los contratos de consumo.⁷⁴

⁶⁷ Sobre la diferencia entre relación de consumo y contrato de consumo, pero también sobre muchos de los temas que abordamos, puede verse VITOLO, Daniel R. *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2015.

⁶⁸ Es imposible hacer una referencia a la bibliografía sobre el punto, apuntamos MICELE, Mario “La ley de defensa del consumidor. Antecedente técnico legislativo y viabilidad. 1994, pág. 900.

⁶⁹ Art. 3, 14, 101 - 106, 119 y 346 del TFEU; Council Regulation (EC) No 1/2003; Commission Regulation 773/2004/EC; Decision 2011/695/EU; Regulation 1182/71/EEC; Regulation No 1/58/EEC; Commission Notice on the best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (OJ C 308/6, 20.10.2011); Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372, 9.12.1997); Commission Notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ C 101/81, 27.4.2004); Commission Notice: Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101/97, 27.4.2004); Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (OJ C 45/7, 24.2.2009); Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters) (OJ C 101/78, 27.4.2004).

⁷⁰ Sherman Act of 1890; Clayton Act of 1914; y Federal Trade Commission Act of 1914.

⁷¹ ARMENTANO, Dominick T. 1982. *Antitrust and Monopoly*. New York: Wiley, y del mismo autor 17 años después, 1999. *Antitrust*. Auburn, Ala.: Mises.

⁷² Para ampliar este aspecto puede verse LOVECE, Graciela Isabel “Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. La supremacía del criterio protectivo de la ley 24.240” en Revista de *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 272, mayo-nio 2015, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 575.

⁷³ Sobre el punto puede verse STIGLITZ, Rubén S. “Nuevos temas...” cit. pág. 27.

1.LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA. Iniciamos este apartado con una referencia a la legislación paraguaya, donde se realizará el Congreso Iberoamericano –para cuyo debate preparamos este informe–, conforme información calificada.⁷⁵

“Se podría considerar, en la República del Paraguay, que este nuevo derecho del consumidor, reconoce como principal antecedente al Código Civil Paraguayo, del año 1985, donde numerosas disposiciones contemplan el principio de la interrelación entre las prestaciones, la reciprocidad y la justicia sinalagmática, reprobando cualquier abuso en las cláusulas o en las conclusiones de los negocios jurídicos. Así se regula expresamente en el Código, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en la disposición del Art. 691 al establecer: “Cuando los contratos por adhesión contengan cláusulas restrictivas de carácter leonino, la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez. Considérense tales especialmente las siguientes cláusulas: a.Las que excluyen o limitan la responsabilidad del que las impulsó; b.Las que otorgan la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones, o de cualquier manera priven al adherente de algún derecho sin causa imputable a éste, c. Las que condicionan al consentimiento de la otra parte el ejercicio de algún derecho contractual del adherente, d. Las que obligan al adherente a recurrir al otro contratante o a un tercero determinado, en caso de cualquier necesidad no directamente conexas con el objeto del contrato, o condicionan cualquier derecho contractual del adherente a tal recurso, o limitan su libertad al estipular con terceros sobre cualquier necesidad de la naturaleza expresada. e. Las que imponen al adherente renuncia anticipada a cualquier derecho que podría fundar en el contrato en ausencia de tal cláusula. f.Las que autorizan a la otra parte a proceder en nombre del adherente o en su substitución, para obtener la realización de un derecho de aquel frente a este. g.Las que imponen al adherente determinados medios probatorios, o a la carga de prueba; h.Las que sujetan a plazo o condición el derecho del adherente de valerse de las acciones legales, o limitan la oponibilidad de excepciones, o la utilización de procedimientos judiciales de los cuales el adherente podría hacer uso, i.Las que permiten la elección unilateral de juez competente para resolver una controversia entre las partes”

“La ruptura del equilibrio en los convenios, por ellas producida, ha recibido particular atención por parte de la doctrina reciente en el Derecho Comparado, con motivo del auge de la normativa atinente a la protección del consumidor, a quien se pretende resguardar de la anomalía”⁷⁶.

2. CONTRATO DE ADHESIÓN SEGÚN ESA LEY Y LA PERSONA JURÍDICA COMO CONSUMIDOR.

*Establece la ley del consumidor que se debe entender por contrato de adhesión en los siguientes términos: Art. 24º: “Se entenderá por contrato de adhesión, aquél cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, **sin que el consumidor** pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. ...1.5. LEGISLACIÓN DERIVADA. La Ley N° 1334/98 “De Defensa del*

⁷⁴ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “Prácticas abusivas en los contratos de consumo” en AAVV “Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial – Contratos – Parte general, cit. tomo I pág. 377 y ss..

⁷⁵ RÍOS AVALOS, Bonifacio “DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO GLOBAL” Miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales (Secretario de la Directiva), de quién recibimos una posterior colaboración que agregamos en Anexo.

⁷⁶ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio “Cláusulas Abusivas en los Contratos. Intercontinental”, Editora. Asunción, Paraguay. Año 1999, pág. 15

Consumidor y del Usuario” establece las normas de protección y de defensa de consumidores y usuarios en el mercado paraguayo. Quedan sujetos a las disposiciones de la ley, todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios que sean realizados en el territorio nacional.... 1.7. LAS PERSONAS JURÍDICAS PODRÍAN CONSIDERARSE CONSUMIDORES.

La pregunta que se plantea es si las personas jurídicas ¿pueden ser conceptuadas como consumidores?... Ante tal inconveniente, es necesario que reúnan los mismos requisitos que el consumidor final o persona física, y por ello será necesario que la persona jurídica que adquiere los bienes y servicios, no tenga por objeto la comercialización en el mercado de dichos bienes o servicios. Es así, que podría considerarse como consumidores finales a las personas jurídicas sin fines de lucro que adquieran bienes y servicios para su utilización en la realización de sus propósitos sociales, como por ejemplo las fundaciones o asociaciones, etc. Igualmente, los pequeños empresarios podrían hallarse protegidos por esta misma ley.

3. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.

Nos hemos referido al derecho paraguayo, ahora lo haremos del argentino, el normativamente más actual, que también permite que la persona jurídica pueda ser calificada como consumidor.

La Exposición de Motivos de nuestro CCC argentino, expresa sobre el punto: *“La definición de cláusula abusiva es más extensa, ya que comprende los concluidos por adhesión y los que, aunque no están celebrados por adhesión, contienen cláusulas predisuestas. La razón de esta extensión es que no se trata de un control de incorporación, sino de contenido, en el que no importa si hubo adhesión o consentimiento. Además, como lo indicamos arriba, hemos incorporado reglas sobre las cláusulas predisuestas. - Son abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. - Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”.*

Esta legislación toma un camino protectorio de los derechos del consumidor, máxime en esta especial modalidad de contratación electrónica.

Se ha sostenido que a los fines de la identificación de una cláusula abusiva basta con que cause, en detrimento del adherente/consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan de ese contrato⁷⁷, particularmente en esta modalidad, con ajenidad a la buena fe que se supone. Se advierte así que se ha apartado de lo dispuesto por la Directiva 93/13 de la Unión Europea que define la cláusula abusiva mediante dos presupuestos escindibles y, sin embargo, errónea e innecesariamente – se afirma- articulados entre sí: infracción a la buena fe a través de una cláusula que consagre un detrimento significativo del consumidor. Generando la interpretación de que es abusiva solamente

⁷⁷ STIGLITZ, Rubén S. “Nuevos temas incorporados a la teoría General del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. Director Rubén S. Steiglitz, Suplemento Especial La Ley, Febrero 2015 pág. 1 y ss., especialmente pág. 20 y ss..

cuando determina ese desequilibrio significativo que se halle en contradicción con el principio de buena fe, por lo que sino la infrinje el desequilibrio no constituiría una cláusula abusiva.⁷⁸

La Exposición de Motivos del Anteproyecto del CCC argentino sigue con algunas expresiones que nos interesan para el análisis en curso: “**3.3. *Tratativas contractuales.*** *En esta materia se comienza con la enunciación de un principio general, que, en este caso, es la libertad de negociación, según la cual, las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, así como para abandonarlas en cualquier momento. Seguidamente se desarrolla otro principio, el de la buena fe, que dispone que las partes deben actuar de buena fe en el curso de las negociaciones para no frustrarlas injustificadamente. - Puede parecer una regulación demasiado austera, pero hay que tener en cuenta que es un área muy dinámica, con un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y en tales condiciones es conveniente sentar principios generales que permitan esa labor. También debe considerarse que toda la temática de los periodos previos en las relaciones de consumo está ampliamente tratada en el capítulo tercero. De tal modo, a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, se encuentran las soluciones para la responsabilidad en los casos típicos en la negociación entre iguales. También se regula el deber de confidencialidad, y las consecuencias del incumplimiento.* **3.4. *Contratos preparatorios.*** *En esta sección se regulan los contratos preparatorios, con un sentido también amplio, dando cabida a diversas modalidades de acuerdos para negociar.”* Creemos que nada más hay que agregar.

No obstante, en último momento agregamos del magnífico ensayo “EL CONTRATO EN EL CODIGO CIVIL DE BOLIVIA”, del Dr. MARIO CORDERO MIRANDA, Académico Fundador y de Número⁷⁹, como resumen y puesta en valor del principio de “buena fe”: “En consecuencia, la buena fe es la pauta de comportamiento de las partes; propiamente, la norma de conducta a observar en la vida jurídica, a contrario de la mala fe que corrompe la armonía de las relaciones jurídicas y distorsiona los efectos naturales de los contratos. En suma, el contrato debe ser ejecutado de buena fe lo que importa que las partes deben obrar conforme a lo pretendido a tiempo de celebrar el contrato. En cuanto a las obligaciones desprendidas del contrato, el deber de buena fe implica para una y otra parte las siguientes prestaciones: así por ejemplo en materia de contratos, el contratante (*solvens*), el pago debe ser honrado de buena fe según lo convenido, tomando en cuenta las circunstancias sobrevinientes que puedan modificar lo estipulado entre partes; y en cuanto al contratista (*accipiens*) está obligado a realizar la obra o prestación en la forma convenida. De todo lo dicho, se desprende que quien actúa de mala fe en perjuicio del otro contratante, debe ser sancionado, conforme al pensamiento de Josserand que señaló que la defensa del más débil, en sentido jurídico, es preocupación esencial del derecho, lo que permite la aplicación y puesta al día de la regla clásica de *favor debitoris* (a favor del deudor).

Como su nombre lo dice, la buena fe es una cualidad que se atribuye a algo que nos inspira confianza o creencia. Uno de los momentos más importantes en materia de buena fe es cuando se la analiza a tiempo del cumplimiento de las obligaciones, por cuya razón la conducta de las partes no se limita a observar lo establecido en el contrato, sino que, como dice la doctrina italiana sustentada por Emilio Betti: ‘...la buena fe en la ejecución de los contratos es esencialmente una actitud de colaboración, encaminada a cumplir la expectativa de la otra parte, lo que supone el deseo de

⁷⁸ ROPPO, V. “La nueva disciplina delle clausule abusiva en el contratti fra imprese e consumatori” en *Diritto ed Economia del 'Assicurazione*, Ed. Giuffre, Milán 1994, n° 12 pág. 47. También puede verse KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida “Prácticas Abusivas en el contrato de consumo” en *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. Director Rubén S. Steiglitz, Suplemento Especial La Ley, Febrero 2015 pág. 237.

⁷⁹ Que recibimos en el momento que habíamos concluido la versión final de nuestro informe el último día de agosto, pero cuyo comentario no podíamos soslayar por su importancia, aconsejando su completa lectura sobre la temática que aborda.

ayudar y colaborar para que el otro pueda cumplir con lo que debe...’. En consecuencia, la buena fe contractual implica satisfacer los intereses legítimos propios y también los del otro contratante, esto es que se debe actuar precautelando no solo los propios intereses sino también los de la otra parte. La buena fe es la esencia fundamental de los contratos, es el principio más importante al que se hallan sometidas las partes contratantes, por lo que la buena fe es el alma de todo contrato, lo que ha sido recogido por el citado art. 520 del Código Civil”, de la República de Bolivia, terminamos.

VI – SEGURIDAD PREVENTIVA.

Esta es una temática que puede ser abordada desde múltiples facetas, desde la seguridad en la contratación electrónica, el cumplimiento del contrato de compra venta internacional celebrado a través de esa modalidad, la confidencialidad, el derecho a información, la posibilidad de revocación sin causa del contrato y de asegurar el cumplimiento, como la jurisdicción y la admisibilidad del arbitraje, además de las incertidumbres hasta recibir la mercadería conforme.⁸⁰ Hemos tratado de afrontar algunos de esos problemas con nuestra particular visión. No trataremos la sanción de daño punitivo que puede ser considerada una sanción disuasoria de generar daños.

Obviamente toda la acción del Estado, como de las asociaciones de consumidores, para vigilar el derecho a la información, la legalidad de las cláusulas y de las prácticas de abordar el mercado deben entenderse como de seguridad preventiva, aunque también los métodos para evitar fraude en las operaciones.⁸¹

Del principio general de la buena fe en las relaciones negociales, se desprende primariamente el derecho a la información integral y a la confidencialidad, lo que se acentúa en el caso de relaciones B2C, que también podrían tener tutela a través del principio del abuso de la posición dominante, indubitable en estas relaciones y que también tiene referencia específica en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial Argentino de 2015.

No hay duda que la contratación electrónica, como la información intercambiada, hoy esta sujeta a múltiples riesgos, tanto por la intervención de *hackers*, verdaderos piratas informáticos, como por la posibilidad de simulaciones de posición comercial o de intermediación de defraudadores profesionales. Por eso es muy importante para los comerciantes que operan electrónicamente conocer los distintos tipos de análisis de seguridad de sus sistemas, comprendiendo las amenazas a las que están expuestos, manejando auditorías de análisis de vulnerabilidad y sus herramientas. Temas que escapan a nuestra visión.

Este tema de la seguridad preventiva en los contratos electrónicos tiene el enfoque de la regulación de Internet, sobre lo que se ha expresado con gran autoridad⁸²: *“IV. LOS DISCURSOS SOBRE EL CYBERLAW. Entre los discursos que han aparecido en torno de INTERNET, cabe mencionar en primer término, aquél que podría denominarse tradicionalista, que*

⁸⁰ HUET, Jérôme “Le commerce électronique”, Gazette du Palais, N° 255 y 256, septiembre 1996, Paris, p. 61. La principal preocupación del ciberconsumidor es la relacionada con la seguridad de las transacciones comerciales (el miedo de proporcionar información o el número de su tarjeta bancaria) y la pérdida de datos debido a la introducción de virus en sus ordenadores personales.

⁸¹ *¿Estamos preparados en Ciberseguridad?* Informe de Ciberseguridad 2016 Latinoamérica y el Caribe. Observatorio de Seguridad de América Latina y el Caribe BID y OEA <http://observatoriociberseguridad.com/graph/conuhntries/ar/selected/ar/0/dimensions/1-2-3-4-5>

⁸² De “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL. *Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*”. Directora SARA LIDIA FELDSTEIN de CARDENAS, Autoras SARA LIDIA FELDSTEIN de CARDENAS, FLAVIA ANDREA MEDINA, MONICA SOFIA RODRIGUEZ, LUCIANA BEATRIZ SCOTTI, Buenos Aires 2008. De la parte I. DERECHO E INTERNET, del capítulo A. “INTERNET: UN GOLEM DE LA POSTMODERNIDAD”, por SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

considera que el Estado es el ente más apropiado para encargarse de reglar, de regular el ciberespacio. Ello por cuanto, el Estado es el único que ostenta la legitimación democrática, la infraestructura así como las instituciones para hacer cumplir las reglas aun cuando ellas operen en el espacio virtual. Según esta línea de pensamiento, son los derechos estaduales quienes ofrecen la mejor, más legítima, más democrática opción en este tema. Un segundo discurso, el de los ciberseparatistas, autonomistas, parte de la idea de que el ciberespacio es un espacio social separado, distinto del mundo real. Consecuentemente, quienes propugnan esta corriente de pensamiento, argumentan que las normas que existen en los derechos nacionales, no son o no deberían aplicarse en el ciberespacio. En una posición extrema, habrá quienes llegan a pensar que ninguna ley, ninguna regla debería regirlo⁸³. Precisamente en este aspecto, es cuando se introduce el argumento, según el cual INTERNET debe ser gobernado por los propios usuarios, quienes son los primeros interesados, los principalmente afectados. Se recurre en tal sentido, para sostener la autonomía del ciberespacio, a la validez de la lex informática, a la analogía de pensar que tiene el mismo origen que la lex mercatoria. Sus partidarios no dudan en encontrar profundas similitudes entre las necesidades de los comerciantes que claman por la lex mercatoria y los requerimientos por los que claman quienes interactúan en la net. Esta concepción parece ignorar que el entorno cibernético donde se despliega la llamada sociedad internáutica, como consecuencia de la interacción social, no es inmune a controversias. Dicho en otras palabras, ya han sobrevenido y seguirán haciéndolo las desavenencias que perturbando el idilio entre los internautas, deberán ser procesadas, ser resueltas, para restablecer la paz cibernética. Este discurso acerca de la separación del espacio virtual del mundo jurídico estimula, a mi modo de ver, la ciberanarquía⁸⁴. No me convence la idea sobre la presunta, necesaria, conveniente separabilidad como objeto del entorno cibernético, por cuanto descreo que sea un sitio distinto del mundo real; máxime cuando advierto que quienes precisamente en él interactúan, son las mismas personas humanas que viven en el mundo real. No ignoro que para explicar este fenómeno de círculos concéntricos, coexistentes, habrá quienes podrán argüir, tratando de contestar esta objeción, que también en el mundo real existen numerosos ejemplos de grupos que se reúnen en sociedades, organizaciones, cámaras, clubs y ello no significa que la pertenencia a esas asociaciones y la sujeción a sus estatutos, reglamentos, cuerpos normativos impliquen la imposibilidad de pertenecer a otras. Dicho de otra manera, la pertenencia a varias organizaciones coetáneamente no implica que ellas no sean autónomas, que puedan autogobernarse. Por otro lado, a mayor abundamiento, permítaseme preguntarme si quizás no es un pensamiento tan prematuro como arriesgado, considerar que quienes navegan en la web son personas con suficiente capacidad, con autosuficiencia, con aptitud para autorregularse acabadamente....¿Qué aptitudes tan especiales demuestran quienes operan en el comercio electrónico que les permite llegar a regular el mercado cibernético?. En todo caso, ¿ellos decidirán cuáles son las cibercontroversias que caen bajo la esfera de la lex informática?. ¿Serán las vinculadas estrechamente con una actividad cibernética?, ¿o también aquellas disputas entre usuarios de la net?. ¿Qué criterio diferenciador usar en este sentido?. ¿No se puede llegar a pensar que quienes sostienen la separabilidad jurídica, la autonomía del mundo cibernético, se dejan llevar por una suerte de falso lirismo, romanticismo?. ¿Será que en el comercio electrónico nadie

⁸³ BARLOW, John P. "A Cyberspace Independence Declaration". <http://www.eff.org/Barlow>. Quien enfáticamente declara: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather". BOYLE, James, "Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors", 66, *U. Cin. I. Rev.* 177. 1997.

⁸⁴ El término es empleado por muchos autores, entre los que se destaca: GOLDSMITH, Jack "Against Cyberanarchy", 65, *U. Chi. I. Rev.* 1200. 1998.

intentará la aceptación de cláusulas abusivas predisuestas por la parte que en el contrato internacional tiene mayor poder de negociación?. ¿No es creer falsamente que todos los internautas que navegan en el ciberespacio, a diferencia de los que viven en el mundo real, son naturalmente buenos, ingenuos, respetuosos de las reglas éticas, morales, jurídicas, deontológicas, con suficiente entidad como para no solamente autorregularse sino para autosancionarse? No, realmente me resisto a creerlo. El ciberespacio no debe ser considerado como un compartimiento estanco, inmune e impenetrable a las reglas de los hombres, separado del mundo real; más allá de las creencias religiosas, lo cierto que a pesar de la ficción creada para captar, para explicar un fenómeno peculiar, respetuosamente creo que el mundo real es el único existente. No puedo convencerme que las prácticas, las conductas, las costumbres, los usos reiterados, respetados, observados por y entre quienes interactúan en la red, por ese mero hecho ostenten el sello de su juricidad”.

Una magnífica apertura para el debate jurídico y, particularmente en relación a las normas protectorias de los consumidores. Son de público y notorio los cuestionamientos a ciertas publicaciones o informaciones en Internet, que no pueden ser fácilmente neutralizadas aunque dañen evidentemente a los que intentan suspenderlas. Relatamos un reciente caso. El abogado constitucionalista cordobés y profesor Enrique Novo advirtió que existía un perfil falso suyo en Internet –a través de Facebook-, cuando comenzó a recibir felicitaciones de cumpleaños lejos de la real fecha, advirtiendo inmeditamente que el usuario falso había hecho amistad con jueces, alumnos y ex alumnos. Promovió una acción contra la red social originaria de Estados Unidos, a cumplir varias acciones ante una demanda por la existencia de un perfil falso. El fallo estaba firme, era de 2003 cuando el Juez Federal de Rio Cuarto ordenó a Facebook Argentina cerrar una cuenta falsa que llevaba el nombre de Novo, y también, en el plazo de 48 horas informara a todos los contactos el motivo por el cual se daba de baja. No fue una acción penal ni resarcitoria, pero como Facebook Argentina habría incumplido con la orden judicial sobre esa información a contactos, un nuevo fallo obligaba a pagar una multa de \$ 270.000 (aproximadamente u\$s 18.000), por una sanción diaria de \$ 30 por el incumplimiento. La información señala que Facebook Argentina SRL no puede eludir el fallo y debe responder por Facebook Inc. porque este es su principal socio, que originariamente esa sociedad pretendía litigar en Irlanda y exigir que se comuniquen a sus oficinas de Dublin las resoluciones Judiciales, porque –según informaciones vía Varsovia- quienes no habitan en Estados Unidos o en Canadá deben registrarse por las leyes de Irlanda. Dos antecedentes de primera instancia, apelados por la demandada, se registraron uno en Formosa en el año 2012 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 6 que ordeno a Facebook Argentina eliminar un perfil en esa red social. Otro del Juez Civil Carlos Eduardo Cadierno de Rosario, Pcia. de Santa Fe, que dispuso que “la red social más popular del mundo” le pagará al actor un millón de pesos, por no cumplir una sentencia anterior que la instaba a borrar de sus registros los perfiles de grupos creador para difamar al actor.⁸⁵

Otro aspecto de la seguridad preventiva es el código de rastreo electrónico que suele proporcionar el vendedor al consumidor una vez formalizada la transacción, que le permite a éste conocer *online* electrónicamente la “ubicación de su pedido”, despacho, traslado y posición de entrega, que le permitirá ejercitar sus derechos irrenunciables, particularmente el de revocación.

⁸⁵ Las tres referencias se registran en el diario LA VOZ DEL INTERIOR, de la Ciudad de Córdoba, de fecha 7 de septiembre de 2016, pág. 13. No hemos logrado más detalles.

1. LA FACULTAD REVOCATORIA DEL COMPRADOR CONSUMIDOR.

El Código Civil y Comercial Argentino (CCCA) se refiere expresamente a la contratación electrónica en torno a las relaciones de consumo y a la facultad de revocación.

Dentro de la seguridad preventiva de la compra venta internacional, corresponde hacer una referencia a la facultad revocatoria que tiene el consumidor mediante la cual puede dejar sin efecto un contrato celebrado a distancia –incluyendo los electrónicos- sin la debida expresión de causa y sin ningún tipo de responsabilidad para este último.⁸⁶

Ese derecho a la revocación que integra los contratos de consumo ha sido regulado uniformemente. En ese reciente Código Civil y Comercial Argentino, vigente desde el 1° de agosto de 2015, se recoge así, con las siguientes normas: ARTÍCULO 1110.- *Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tenga por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.*

ARTÍCULO 1111.- Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.

O sea que ese derecho se vincula a otro derecho de seguridad preventiva cual es el derecho de información.⁸⁷ Obviamente este derecho de información⁸⁸ y la buena fe que se impone en las relaciones de consumo se suele tratar como violaciones por publicidad engañosa, claramente sancionable.⁸⁹

⁸⁶ BORZONE, Leandro A.N. “El contrato de consumo celebrado por internet y su oportunidad para la revocación de acuerdo con los lineamientos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, junio 2016, pág. 37 y ss..

⁸⁷ FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S. “La información y la publicidad dirigida a consumidores en el Código Civil y Comercial de la Nación y normas subsistentes” en *AAVV Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial – Contratos – Parte General* cit. tomo I pág. 399 y ss..

⁹¹ La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fecha 14 de abril de 2016, resolvió confirmar la multa impuesta a una empresa de transporte de mercaderías, por no haber informado al consumidor que el sofá adquirido no sería ingresado a su departamento y por haber entregado un producto cuyas características diferían de lo convenido, en tanto la empresa no aportó prueba que permita concluir que el consumidor se encontraba debidamente informado acerca de las limitadas condiciones del servicio, las que por otra parte no eran de lógica deducción, pues tratándose de un sofá cama lo ue debía ser transportado, generalmente va de suyo que será llevado hasta el lugar indicado por quien solicita el servicio.

⁸⁹ Derecho del consumo y lealtad comercial, infracciones y sanciones por promoción de un producto con propiedades terapéuticas o estéticas no reconocidas ni autorizadas: zapatillas que ayudarían a perder peso y a corregir la postura corporal. Ausencia de pruebas científicas. Desconocimiento de las recomendaciones a realizar a las personas con

ARTÍCULO 1112.- *Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o **medios electrónicos** o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110.*

ARTÍCULO 1113.- *Efectos del ejercicio del derecho de revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y **deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido.***

ARTÍCULO 1114.- *Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato **no priva al consumidor de su derecho a revocar.** Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.*

ARTÍCULO 1115.- *Gastos. El ejercicio del derecho de revocación **no debe implicar gasto alguno para el consumidor.** En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.*

ARTÍCULO 1116.- *Excepciones al derecho de revocar. Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos: a. los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez; b. los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; c. los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.*

Como se advertirá el CCCA prevé una cantidad de supuestos de exclusión, pero también una minuciosa regulación protectora del consumidor ante dificultades nacidas de la revocación y de la entrega del bien adquirido.

1.1. Regulación paraguaya. *La Ley N° 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”, de Paraguay se refiere a la “Protección contractual. Retracción”, la Ley confiere la posibilidad de la retractación del contrato cuando éste fuera celebrado fuera del establecimiento comercial, al disponer en el Art. 26 : “El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, debidamente actualizados, siempre que el servicio o producto no hubiere sido utilizado o sufrido deterioro”.*

factores de riesgo. Multa por infracción al art. 9 de la Ley 22.802. Publicidad engañosa. Quantum de la sanción. Confirmación de sentencia en la causa Compañía Argentina de Marketing Directo S.A. c. DNCI s/ lealtad comercial Ley 22802 - Art. 22, fallo del 05/05/2016 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala I, República Argentina.

1.2. Naturaleza del derecho de revocación en la relación de consumo. Esa decisión de revocar, es hoy unánimemente aceptada que puede ser incausada –aunque no abusiva-.

Académicamente se duda si se trata de una revocación de la aceptación o del contrato mismo. El derecho argentino se pronuncia en el art. 1110 CCC por esta última posición. Así se deja de lado las posiciones que opinan que se trata de un instituto sui generis como de contrato de compra venta con condición de satisfacción del comprador, o sea con condición suspensiva.

De todas formas se trata de un derecho irrenunciable, sujeto a un plazo riguroso, que debe ser ejercitado formalmente –normalmente por el mismo medio de la contratación electrónica-.

Se vincula a esta cuestión las posibilidades de cambio de producto, otorgamiento de notas de crédito, etc., que deben siempre definirse protegiendo ese derecho irrenunciable, salvo su ejercicio abusivo cuya prueba estará a cargo del vendedor.

Quizá uno de los problemas más arduos lo sea la negativa del vendedor al derecho de revocación, la falta de retiro de la cosa por parte del proveedor o la generación de gastos por esa devolución, o la imposibilidad de devolución, obligando a recurrir a la vía jurisdiccional, lo que implica un costo dinerario y de tiempo. El art. 1115 CCC trata de este tema imponiendo que “el ejercicio del derecho no debe implicar gasto alguno para el consumidor”.

1.3. Revocación y uso. Otro problema es el vinculado a la **posibilidad de uso** de la cosa, por lo que debe distinguirse entre el derecho a probarla y su uso. Esto último veda el derecho de revocación. Por eso el art. 1116 CCCA excepciona del derecho de revocación supuestos de productos confeccionados a pedido del consumidor, la venta de grabaciones o de programas, o el de prensa diaria.

2. LA SEGURIDAD PREVENTIVA: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD.⁹⁰

El deber del oferente y el derecho de los consumidores a la información es un tema central de la prevención de daños y conflictos. Precedentemente hemos vinculado la facultad de revocación, máxime elemento de seguridad para el comprador-consumidor, con el derecho de información –art. 1111 CCCA-.

Por eso dentro de la seguridad preventiva también consideramos el deber de información que debe prestar el vendedor al consumidor en los contratos bajo análisis. Esa seguridad preventiva se integra con las modalidades de pago, particularmente para poder ejercer el derecho de revocación, que motiva un análisis de los contratos conexos de pago.

⁹⁰ Puede ampliarse sobre esta temática en QUAGLIA, Marcelo A. “El deber de información en el marco de las relaciones de consumo” en Revista de *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 272, Mayo/junio 2015, Buenos Aires, pág. 561.

Como el oferente y el aceptante han entablado comunicación a través de un navegador o *browser* de Internet y un Servidor de páginas Web, se utiliza un protocolo de seguridad que asegura que la comunicación entre ellos sea confidencial, segura y se preserve la integridad de los datos procesados durante la sesión mediante un encriptado de los datos transmitidos, a la vez que autentica al Servidor y al Cliente. Es el protocolo usado por bancos y tarjetas de crédito, entre otros, para transmitir datos sensibles con alto nivel de seguridad y suele identificarse mediante un ícono que representa un candado amarillo en la parte inferior derecha de la pantalla. Si se hace *clic* encima de él se accede a las condiciones técnicas de la firma digital, al certificado de clave pública y al certificante de la comunicación.

Esto último hace al derecho de confidencialidad que debe asegurar el oferente al consumidor frente a la decisión de uso de medios electrónicos de contratación.

Esa seguridad implica también garantizar el anonimato, que representa un factor importante en algunos tipos de pago, en concreto en el pago mediante dinero electrónico, que tratamos en el siguiente apartado.⁹¹

La protección del consumidor antes de la realización de una compra se refiere a la publicidad que recibe y al respeto de sus libertades individuales. La mayor parte de las empresas han creado su propia página Web, como soporte de comunicación. En ocasiones, esta página Web es solo una página de información de los productos y servicios que la empresa ofrece, pero en otras puede ser una verdadera publicidad de esos productos y servicios. Si tomamos en cuenta que la publicidad es toda información susceptible de inducir a una persona a hacer una elección sobre un producto o servicio determinado, advertiremos que la publicidad en Internet no se distingue fácilmente de la información.

Más aún, nuevas formas de publicidad aparecen en Internet. Entre ellas, podemos distinguir cuando un usuario utiliza los motores de búsqueda para encontrar la información deseada, conocido como el *pull*, y que al momento de recibir los resultados de la búsqueda puede encontrarse "inundado" de publicidad, la cual no le interesa. La búsqueda con la ayuda de portales de clasificación de información vía temas y/o países tampoco está exenta de la publicidad. El orden de presentación del conjunto no es aleatorio, es posible influenciar a un consumidor por este orden de presentación. La segunda opción es cuando el usuario recibe mensajes que no pidió, llamado el *push*. Es un negocio marginal de publicidad, de gran rendimiento económico.

La publicidad por Internet debe de respetar la legislación local y también la legislación de los países hacia los cuales va dirigida. Una publicidad lícita en un país puede que no lo sea en otro. A la hora actual, existen una serie de recomendaciones, códigos de conducta dirigidos a las empresas y organizaciones para el control del comercio internacional, en lo relativo a actos ilícitos. Tal es el caso de las Líneas directivas de la Cámara de Comercio Internacional, las cuales se aplican a todas las actividades de publicidad y mercadotecnia en Internet, que tienen como finalidad la promoción de toda forma de productos o de servicios. Estas líneas directivas definen normas deontológicas que deben ser respetadas por todos los participantes a actividades de publicidad y mercadotecnia en Internet. Entre los principios de base se encuentra establecido que la publicidad debe de ser lícita, honesta, decente y verídica. El anunciante tiene la obligación de identificarse, de informar al usuario las razones de una posible recopilación de datos nominativos, el respeto de la confidencialidad, se

⁹¹ De acuerdo con un reporte industrial de Riptech, en los primeros seis meses de 2002, los ataques dirigidos hacia los sistemas de seguridad de Internet incrementaron de 28 por ciento. El reporte relativo a la ciberseguridad en más de 400 organizaciones pone en evidencia el éxito de los hackers en más de 180, 000 ocasiones. Más del 40 por ciento de estos ataques fueron hechos a partir de ordenadores ubicados en Estados Unidos de América.

prohíbe utilizar la técnica de spam, así como deben respetarse ciertas disposiciones particulares sobre la publicidad infantil y el respeto de las sensibilidades diversas del público mundial.⁹²

Entre La Unión Europea y los Estados Unidos de América existe una divergencia de políticas de protección, sin embargo era necesario un acercamiento de estas políticas. Es en ésta óptica que se crearon los principios de "safe harbor"⁹³. Los principios internacionales *safe harbor* en materia de privacidad de datos hacen referencia a un proceso de cooperación por el que las organizaciones de Estados Unidos cumplen con la Directiva 95/46/CE de la Unión Europea, relativa a la protección de datos personales. Preparados originariamente para organizaciones que operen entre Estados Unidos y la Unión Europea, pero extendidos a otros países, y que alojen datos personales de sus clientes y/o usuarios, esos principios internacionales están pensados para prevenir pérdidas o filtraciones no autorizadas de información. Para optar a incorporarse en ese programa las organizaciones deberán cumplir con los siete principios de esa Directiva, que fueron desarrollados por el Departamento de Comercio de Estados Unidos en colaboración con la Unión Europea. Esos siete principios clave son: 1. Información: los interesados deberán ser informados de que sus datos personales están siendo recogidos y que serán tratados únicamente con la finalidad para la que fueron recogidos. 2. Elección: los interesados tendrán el derecho de cancelación y oposición a que sus datos sean recogidos una vez sean recabados y a oponerse a la cesión o transferencia a terceros. 3. Transferencia progresiva: la cesión de datos a terceros se llevará a cabo con organizaciones que también garanticen un adecuado nivel de cumplimiento de protección de datos. 4. Seguridad: se deben establecer y cumplir determinadas medidas de seguridad para prevenir pérdidas de información y accesos no autorizados. 5. Integridad de los datos: los datos deberán ser relevantes y exactos para el propósito para el que fueron recogidos. 6. Acceso: los interesados podrán acceder en todo momento a la información que haya sido recabada acerca de ellos y podrán corregirla o eliminarla si es inexacta o inadecuada. Y 7. Ejecución: se deben destinar medios y recursos para garantizar el debido cumplimiento de estos principios. Tras ser aceptadas como *safe harbor* las organizaciones deberán renovar el certificado anualmente⁹⁴.

La protección de datos personales puede generar responsabilidad a los buscadores de Internet, particularmente por la indebida desviación o uso de esos datos ("data mining").⁹⁵

El CC mexicano dispone en lo directamente vinculado con esa protección de datos: Artículo 1834 bis.- *Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.*

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba constar en instrumento otorgado ante fedatario público, las partes obligadas podrán generar y comunicar la información que contenga los términos exactos en que han decidido obligarse, mediante la

⁹² VARILLE, Nathalie "Publicité sur Internet, Droit et Déontologie", Gazette du Palais, 22 de Noviembre de 1997, Paris, p. 5.

⁹³ GRYNBAUM, Luc "La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique", en: Editions du Juris-Classeur, Communication et commerce électronique, Crónica N° 18, Agosto de 2001, pág. 9.

⁹⁴ Las organizaciones que operan en la Unión Europea no están autorizadas a realizar transferencias internacionales de datos ubicados fuera del espacio económico Eukropea, a no ser que los mismos ostenten niveles adecuados de protección. El 6 de octubre de 2015 el acuerdo entre Estados Unidos y la Unión Europea fue dejado de lado por las revelaciones de Edward Snowden. Los tribunales argentinos amparan cualquier reclamo individual para eliminar la comunicación de datos adversos al crédito u honorabilidad, existiendo serios problemas para actuar contra Google u otros buscadores no individualizables para notificaciones.

⁹⁵ Sobre estos aspectos puede verse BASTERRA, Marcela I. "Protección de datos personales – Internet", en Microjuris.com, Boletín Diario del 02.09.2016.

utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público correspondiente, deberá hacer constar en el mismo instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a la persona obligada y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta."

Además, para sea considerado como válido, todo contrato de adhesión celebrado en territorio mexicano, deberá estar escrito en español y sus caracteres deberán ser legibles a simple vista. Los elementos esenciales de los contratos de comercio electrónico son: la determinación del bien o servicio, las obligaciones del vendedor, las obligaciones del comprador, la cláusula del precio y la cuestión relativa a la ley aplicable y juez competente.⁹⁶ En ese país, es la Ley Federal de protección del consumidor la que impone a los comerciantes a no utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y además el comerciante debe de cuidar las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, debiendo incorporar mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

Estas reglas materiales internacionales son consecuencia de las Convenciones internacionales reguladoras del comercio internacional. Existe así una extra-comercialidad internacional que tiene por objeto el reconocimiento de una lista de cosas que se encuentran fuera de comercio. Como ejemplo de estas recomendaciones citamos la Recomendación de la Cámara de comercio internacional sobre la exacción y la corrupción en las transacciones internacionales de 1997 y de la Directiva CEE del 14 de Junio de 1989 que prohíbe la comercialización de cuerpo humano⁹⁷.

3.LA SEGURIDAD PREVENTIVA Y LOS CONTRATOS CONEXOS AL PRINCIPAL DE COMPRAVENTA ELECTRÓNICA.

La seguridad preventiva para el consumidor en estos contratos puede estar condicionada por los contratos conexos, vinculados normalmente con los medios de pago⁹⁸. En efecto el medio de pago es electrónico, ya sea por tarjeta de crédito o débito o pago en moneda virtual, apareciendo entonces un contrato principal, el de la compra del producto, y un contrato paralelo o accesorio como lo es el de tarjeta de crédito correspondiente a una entidad financiera. Los contratos conexos se integra con dos elementos configurantes: la pluralidad contractual y la finalidad económica común.⁹⁹

⁹⁶ RIBAS, Alejandro Javier *Aspectos jurídicos del comercio electrónico*, Editorial Arazandi, Navarra, 1998, p.. 79.

⁹⁷ LORQUIN, Eric "Les manifestations de l'illicite, L'illicite dans le commerce international, Travaux du Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, sous la direction de Philippe Kahn y Catherine Kessedjian, Université de Bourgogne, CNRS, Volumen 6, Litec, 1996, pags. 274 y ss..

⁹⁸ La legislación paraguaya introduce el Art. 17 de la Ley 4868: "Todos los proveedores de bienes y servicios deberán establecer un mecanismo de reembolso del dinero pagado por el consumidor o usuario, en caso que el mismo no recibiera el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad y calidad prometidos, siempre y cuando ejerza este derecho a través del reclamo, en un plazo máximo de cinco días hábiles de recibidos los bienes o servicios. Este mecanismo debe ser público y accesible a cualquier usuario. - La presente disposición no limita, disminuye ni excluye las responsabilidades penales que pudieran surgir por el actuar del proveedor".

⁹⁹ Estos contratos se han regulado por primera vez en Argentina en el Art. 1073 CCC argentino. Cfme. ARMELLA, Cristina N. "Contratos conexos" en *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos- Parte General* Director Rubén S. Stiglitz, La Ley, 2015 tomo I 333 y ss..

Recuérdese que en las relaciones B2C, que son las que estamos afrontando, no es de uso el crédito documentado¹⁰⁰, ni otros medios de pago usados en las relaciones B2B, que se encuentran incluidos –como hemos anticipado- en las URGENTS del ICC.

Una debilidad ampliamente percibida es la falta de seguridad de los pagos, y en especial el temor al robo de números de tarjetas de crédito. Sin embargo, parece ser que este miedo es infundado, pues se han presentado muy pocos casos de robos de tarjetas de crédito y las empresas de tarjetas de crédito asumen la mayor parte de la responsabilidad. Es más común la copia de tarjetas en compras dentro de un establecimiento que en las operaciones realizadas electrónicamente.

¿Está cambiando el comercio electrónico los modelos de negocios tradicionales? Parece que sí. El papel de los intermediarios de negocios está cambiando. Por ejemplo, ahora que los fabricantes pueden vender directamente a los consumidores, los vendedores minoristas están siendo reemplazados. Se están creando nuevos intermediarios. Estos últimos van desde agentes de compras y sitios de clasificación hasta portales de Internet que funcionan como centros comerciales, y agregadores que ofrecen una nueva manera de acumular poder adquisitivo. La diversidad temática deriva al funcionamiento de las usinas de búsqueda, palabras claves, los diferentes sistemas alternativos a la distribución tradicional por establecimientos reales que revenden con un precio que fijaban sobre el costo del proveedor. Los *e tailers (retaileres)* o revendedores conforman en Europa una estructura verbal que reduce el costo de vender *online* a todos los revendedores, e incluso a los mismos distribuidores, ya que su costo de partida es menor que el que los distribuidores pagan al comprar al proveedor en razón del volumen de compra, pues logran precios menores y colocan una orden que pagan a plazo y venden casi de contado -o cuasi-, los revendedores toman el dinero electrónico y pagan a los proveedores. Sus utilidades son habitualmente mayores. Hay diversos grupos de *retailers* o revendedores que tiene formatos de distribución diferentes de los tradicionales, bien sea porque hay revendedores que compran y redirigen las compras a su clientela o revendedores tipo agencia que intermedian mercancías tipo Amazon, que produce cualquier producto a un costo menor y compite contra los proveedores en precio y producto. Otros mayoristas como Alibaba – gigante mundial del multimillonario chino Jack Ma- compra y vende *online* productos específicos y *best bay* ofrece productos de terceros a buenos precios y ofrece igualar cualquier oferta menor. De allí se pasa a venta multicanal y de ahí al omni canal o canal ómnibus, donde la venta se hace en combinación el proveedor de marca a compradores específicos que le ofrecen todos los productos que una tienda puede proveer para hombres o mujeres. Finalmente los distribuidores, las pymes revendedoras apelan al *geo blocking* para vender a cualquiera, burlan normas que le prohíben competir en ciertas zonas, lo que generó un estudio de una comisión de la competencia de la UE para determinar si había efectos anticompetitivos en la negativa a vender a negocios o consumidores establecidos en otro miembro de UE, lo que provocaba una restricción a la libre circulación de mercaderías y restringía la venta a revendedores calificados en forma cualitativa y cuantitativa que podían comprar de modo de eliminar a los restantes intermediarios en productos de marca.

Así como el teléfono inteligente ha revolucionado el uso del teléfono como una computadora, el uso de internet y de los proveedores de servicios revolucionó la posibilidad de los usuarios de tener acceso ilimitado a un gran caudal de información para poder comparar calidades precios y disponibilidad. El *geo blocking* y el *geo filtering* intentan bloquear las violaciones a

¹⁰⁰ Que impone la intervención de un banco emisor y un banco confirmador entre el exportador y el importador, en una relación B2B. Dentro de este tipo de negocios que se garantizan por crédito documentado o documentario, se enrolan la Standby Letter of Credit, los depósitos en garantías y las letras avaladas por un banco.

cláusulas de competencia territorial. Por su parte los *retailers* evolucionaron a una tercera fase del *ecommerce*: el omnichannel o canal ómnibus donde se vende en línea y se entrega *off line* en un depósito o en negocios minoristas o mayoristas que perciben un reembolso por la entrega del producto, para luego evolucionar a un *showroom* donde los *retailers* no venden, pero invitan a la gente interesada a ver el producto real y probarlo sin comprarlo. La venta es online y la entrega también en la casa del comprador. La fase final del showroom es atraer el cross-selling o venta de otros productos y ofrecer igualar el menor precio posible del producto.¹⁰¹

El 6 de mayo de 2015 la Comisión basada en la Regulación del Consejo EC 1/2003 que dispone que cuando la rigidez de los precios u otras circunstancias sugieren que la competencia puede ser restringida o distorsionada en el mercado interno la comisión puede disponer una encuesta, ya que en el 2014 el 50% de la población europea compró en línea, pero solo el 15% compró fuera de su país-, encuesta que ofreció datos: 1) Se encontró que el geo-blocking era ampliamente usado en el e-commerce. La mayor parte por decisión unilateral de negocios. 2) Con relación a bienes de consumo más de una tercera parte de los retailers que participaron informaron que ellos recolectaban información para saber la ubicación del usuario y rechazarlo pero muchos no vendían fuera de su país, pero usaban prácticas de geoblocking internamente. Con relación al contenido digital online la gran mayoría de proveedores participantes usaban el geoblocking para negar la venta a consumidores ubicados en miembros de la comunidad de otros estados miembros, verificando su dirección. Se determinaron problemas a resolver, tales como incentivar la creación de showrooms donde los consumidores ven y tocan los productos, pero éstos sólo están en centros urbanos y no venden, convencen offline pero la venta y la entrega es online allí también se reúnen marcas de diferentes productos se los conoce como canales ómnibus o multicanales. La regulación propuesta por la Comisión en geo blocking del 25 /05/2016, fecha en que hizo público su informe preliminar sobre esa práctica, aguarda comentarios para que entre en vigor en 2017, aplicándose a consumidores y negocios.¹⁰² Dicha normativa se aplica a ventas entre empresas o entre estas y consumidores. Aun así habrá que esperar el informe final con las propuestas de la comisión pero el informe liberado dado en marzo de este año en Bélgica es concluyente: a) No hay una prohibición general de la práctica de geoblocking. b) No se aplica a compras para revender. c) Permite bloquear ventas o redirigirlas con consentimiento de las dos partes, entre otras previsiones. Por todo eso muchos distribuidores se volcarán, si cuentan con el capital suficiente a volverse multimarca y perder la tradicional exclusividad. Pero llegara un punto que en que la ventas on line pongan en serios aprietos la existencia de los negocios establecidos, pero con un formato diferente tratando de llegar directamente on-line a cualquier comprador en beneficio del consumidor, pero la distribución exclusiva como la hemos conocida perderá sus atractivos y su situación privilegiada. No nos olvidemos que en nuestro país no existe legalmente el principio de agotamiento de la marca a pesar que la Argentina firmó el protocolo de Armonización en materia de propiedad intelectual del Mercosur.¹⁰³

“El agotamiento de los derechos de marca cumple un rol fundamental en el comercio internacional y la libre circulación de mercancías. En el Acuerdo, la regulación del tema ha sido

¹⁰¹ Cross selling o venta cruzada por la cual el proveedor requerido para adquirir un bien intenta vender otros bienes vinculados al producto requerido para aumentar sus utilidades.

¹⁰² MARZORATTI, Osvaldo J. “El efecto de las ventas on line frente a los sistemas de distribución comercial”, disertación en Congreso Internacional de Derecho Comercial, Bs. Aires 4/5 de julio de 2016.

¹⁰³ MARZORATI, Osvaldo J. “Las nuevas Tecnologías y el Impacto de la venta on-line en los sistemas tradicionales de Distribución Comercial”, Buenos Aires, Agosto de 2016, en prensa en la REvista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot.

*librada a la discrecionalidad de los Miembros. Con esta prerrogativa, y puesta en consideración con la universalización de mínimos, respecto de las normas de contenido sustantivo -de obligatoria implementación-, es dable pensar que se impone una regulación acorde al agotamiento internacional del derecho de marcas. Tal postura resulta coherente con pautas elementales del comercio internacional de mercancías, tales como la libre circulación de productos y servicios, en el sentido de eliminar trabas y distorsiones en el libre comercio. Porque en un escenario que trasciende las fronteras estatales, **una eventual limitación a la importación, en territorio nacional, de productos legítimos con marca auténtica (que fueron puestos en el comercio, oportunamente, por su titular o con su consentimiento) produce sin más importantes inconvenientes para la circulación de mercancías. Estos obstáculos pueden ser removidos con el agotamiento internacional del derecho de marcas, como límite orgánico del derecho de exclusiva.** - Sin perjuicio de ello, y de nuestra adhesión por esta postura, regular la materia en distinto sentido no produce un desajuste en relación al ADPIC, en virtud de la facultad dejada al efecto. - En términos generales, Argentina y Paraguay se inclinan por el agotamiento internacional del derecho de marcas. En particular, la ley de marcas argentina nada dice sobre el particular, pero tanto doctrina como jurisprudencia se encuentran a favor de esta postura, que a falta de norma expresa, sustentan en el multipropósito artículo 4. Entendemos que más allá del fundamento legal que se utilice para la resolución de los casos, resultaría extraordinariamente oportuno que la legislación marcaría argentina se actualice, plasmando en forma expresa, el criterio del agotamiento internacional de los derechos de marca, tal como así lo han establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia. - Paraguay es el único de los cuatro miembros del MERCOSUR que ha concretado expresamente en su legislación marcaría el agotamiento internacional de los derechos, en actitud que revela un contenido sumamente actualizado, y en coherencia con los compromisos asumidos en el marco del ADPIC. - En forma contraria, Brasil y Uruguay se han decantado por el agotamiento nacional de los derechos de marcas. Consideramos que este criterio, si bien es proteccionista del mercado interno frente al comercio exterior, resulta contrario a los compromisos asumidos en los convenios internacionales (ADPIC y MERCOSUR), que intentan evitar restricciones al libre comercio internacional, y garantizar la libre circulación de mercancías –respectivamente y en forma no excluyente- por lo que aconsejamos una reconsideración del tema en ese sentido. - En relación al Protocolo del MERCOSUR, la adopción del criterio del agotamiento internacional del derecho de marcas adoptado por Argentina y Paraguay se encuentra por encima del estándar exigido por la normativa regional del MERCOSUR, aún cuando se entienda que la interpretación que debe otorgarse al artículo 13 del Protocolo es la del agotamiento regional, con correspondencia entre todos sus Miembros. Sí es de remarcar que el criterio actual del agotamiento nacional de Brasil y Uruguay importa una conculcación al Protocolo del MERCOSUR por ser contrario al artículo 1 TA, que establece la libre circulación de productos y mercancías”.*¹⁰⁴

Destacamos de la precisa referencia comparatista precedente la posición innovadora de la legislación paraguaya en torno al agotamiento del derecho de marca, particularmente por la influencia que ello genera en el *e-commerce*.

¹⁰⁴ RICHARD, Soledad: *EL CONTENIDO DE LA PROTECCION JURIDICA DE LA MARCA EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO. ESPECIAL CONSIDERACION DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION DE MERCADO Y PARTICULARMENTE DEL MERCOSUR*, año 2011, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Premio Tesis Sobresalientes, República Argentina, pág. 429 y ss..

La logística del *e-commerce* puede introducir, como acabamos de deslizar, múltiples contratos conexos, pues un vendedor puede tener diversas formas de disponer de la mercadería que ha comprometido entregar al consumidor: tenerla que comprar a un tercero, disponerla en almacenes centrales, o en distribuidores locales, o en sucursales, ligándose así la cuestión a contratos de transporte, seguros, etc. todo lo que hace a una estrategia organizativa para atender al cliente.

El medio de pago es electrónico en estos contratos celebrados por internet, y aunque la empresa proveedora anule la operación, suele existir ciertas complicaciones en cuanto a la devolución, pudiendo quedar atado el consumidor a ciertos riesgos por el contrato conexo de pago con tarjeta de crédito.

En materia de crédito al consumo, por medio de tarjeta y con soporte electrónico, han generado muchas regulaciones, como la española ley 16/2011, concordante con la ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, que implican complejificar los contratos conexos, imponiendo en ciertos supuestos la contratación de un seguro.¹⁰⁵

Haremos algunas consideraciones, pero no existe duda que acreditada la revocación del contrato principal el consumidor tiene derecho a exigir el cese del segundo contrato ante la compañía emisora de la tarjeta de crédito y ante la empresa vendedora. No atender a esta solución implicaría una verdadera frustración de la finalidad del contrato.¹⁰⁶

3.1. Reticencia por la seguridad en el pago. Es interesante destacar que según surge de una encuesta representativa realizada por Prince & Cook, entre los motivos que aún frenan a algunos usuarios de Internet para comprar en línea no se cuenta ninguno referente a la forma y prueba del contrato, sino que radican en la desconfianza por la seguridad en los pagos en línea (aparentemente algunos desconocen o no consideran las opciones de pago fuera de línea), seguido de una clara preferencia por la compra y observación del producto en el mundo físico.

Usando sofisticadas técnicas los proveedores buscan el perfeccionamiento del contrato por parte del consumidor, siendo para este –en muchos casos- la oferta electrónica una circunstancia inesperada, no programada, quien al recibir la propuesta no está informado del precio ni de la calidad del bien, lo que suele ser aprovechado por el oferente vendedor.¹⁰⁷ La oferta genérica le llega de manera agresiva, penetrando en su domicilio, en su lugar de trabajo e incluso en su correspondencia física o en su correo electrónico.¹⁰⁸

Garantizar la seguridad es quizás el mayor problema para la gente interesada en realizar compras electrónicas. La mayor parte de la gente teme dar su número de tarjeta de crédito, número de teléfono o dirección porque no sabe si alguien podrá utilizar esa información sin su consentimiento. Es interesante comprobar que la mayoría de la gente no se lo piensa dos veces antes de comprar cosas por teléfono, pero les incomoda hacerlo a través de su PC. El estándar SET está

¹⁰⁵ ILLESCAS ORTIZ “Las nuevas responsabilidades electrónicas legales y su aseguramiento”, en *Libor Amocorum Fernando Sánchez Calero*, Ed. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Rep. Argentina 2012, pág. 175, esp. 190.

¹⁰⁶ STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª Edición, La Ley, Buenos Aires pág. 594.

¹⁰⁷ ARICÓ, Rodolfo “La oferta en la formación del contrato negocial (ley de defensa del consumidor) La Ley 1990-B-1091.

¹⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo A. *Consumidores*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 204.

alejando este miedo mediante un cifrado de los datos de la tarjeta, de forma que sólo el banco y el cliente puedan leerlos.

3.2.Sistemas de pago electrónicos. Un **sistema de pago electrónico** es el que facilita la aceptación de pagos electrónicos para las transacciones en línea a través de internet.

Los EPS o sistemas de pagos electrónicos, realizan la transferencia del dinero entre compradores y vendedores en una acción de compra-venta electrónica a través de una entidad financiera autorizada por ambos. Es, por ello, una pieza fundamental en el proceso de compra-venta dentro del comercio electrónico.

Sistemas de pago: online y off-line. Es importante destacar que así como el contrato electrónico puede ejecutarse total o parcialmente de manera electrónica, como en los casos en que se entrega un automóvil adquirido vía web; el pago también se puede realizar personalmente o contra reembolso. Como esta alternativa no es materia de nuestro análisis, focalizándonos en el pago online. Este pago comúnmente se efectúa por transferencia electrónica de divisas y tiene un proceso, sobre todo a nivel internacional, muy asegurado.

Los medios de pago posibles no se verán afectados por la plataforma de negociación que las partes utilicen, es decir si es vía correo electrónico o chat o si es vía web, ya que siempre existirán las mismas opciones de canalizar el pago.

Como ejemplo de las alternativas existentes, puede ingresarse a un portal web de subasta de bienes¹⁰⁹, donde encontraremos que al producto seleccionado se lo puede abonar con tarjeta de crédito, hoy el mayor canalizador de las operaciones comerciales de los consumidores. También se puede abonar mediante la transferencia electrónica de divisas que es la operatoria consolidada entre las empresas.¹¹⁰ Otro ejemplo de sistemas de pago electrónico lo constituyen las pasarelas de pago o TPV virtual para el pago con tarjeta, los sistemas electrónicos y los sistemas que se conectan directamente con la banca electrónica del usuario.

En el pago con tarjeta, la pasarela de pago valida la tarjeta y organiza la transferencia del dinero de la cuenta del comprador a la cuenta del vendedor.

El monedero electrónico, sin embargo, almacena el dinero del comprador en un formato electrónico y lo transfiere al sistema durante el pago. El sistema de pago valida el dinero y organiza la transferencia a la cuenta del vendedor. También existe la posibilidad de que el sistema de pago transfiera el dinero electrónico al monedero electrónico del vendedor actuando en este caso como un intermediario entre ambos monederos electrónicos.

El pago a través de la banca electrónica, enlaza un número de operación o venta realizada en el comercio o tienda virtual con la cuenta bancaria del cliente en el mismo sitio del banco. Esto, reduce el riesgo de fraude al no transmitir información financiera personal por la red.

3.3.Tipos de Sistemas de pago electrónicos que tienden a dar seguridad. Los sistemas de pago empleados en Internet pueden englobarse en varias categorías: Cajeros Electrónicos que es un

¹⁰⁹ Como puede verse en www.deremate.com o www.mercadolibre.com

¹¹⁰ RICO CARRILLO, Mariliana “El pago mediante el Dinero Electrónico”.

sistema en el cual los clientes abren unas cuentas con todos sus datos en unas entidades de Internet. Estas entidades les proporcionan algún código alfanumérico asociado a su identidad que les permita comprar en los vendedores asociados a las entidades.

El Dinero Electrónico (Anónimo e Identificado) es un concepto amplio y difícil de definir en un medio tan extenso como el de los medios de pago electrónicos (EPS). A todos los efectos se definirá el dinero electrónico como aquel dinero creado, cambiado y gastado de forma electrónica. Este dinero tiene un equivalente directo en el mundo real: la moneda. Se usa para pequeños pagos. Puede clasificarse en dos tipos: a. **Dinero on-line:** Exige interactuar con el banco (vía módem, red o banca electrónica) para llevar a cabo el pago de una transacción con una tercera parte (comercio o tienda online). Existen empresas que brindan esta triangulación con los bancos como SafetyPay o PayPal, también existen divisas comerciales puramente electrónicas como Gold y las que combinan varias formas de pago como Neopago, además se incluyen aquellas plataformas de pago que funcionan sobre una plataforma móvil, lo cual lleva a mayor portabilidad de las soluciones de pago y por tanto mayor posibilidad de uso sobre todo en lo referente a micro pagos. b. **Dinero off-line:** Se dispone del dinero a través de internet, y puede gastarse cuando se desee, sin necesidad de contactar para ello con un banco. Estos sistemas de dinero electrónico permiten al cliente depositar dinero en una cuenta y luego usar ese dinero para comprar productos o servicios en Internet.

La tarjeta de crédito Visa ofrece en estos contratos conexos y como seguridad de la transacción la adhesión a su programa Verified by Visa.

Otro sistema es el de transferencias bancarias, que se consideran también pagos electrónicos.

Ante el pago con Cheques Electrónicos los métodos para transferirlos a través de Internet no están tan desarrollados como otras formas de transferencia de fondos. Los cheques electrónicos podrían ser algo tan simple como enviar un email a un vendedor autorizándole a sacar dinero de la cuenta, con certificados y firmas digitales asociados. Un sistema de cheques puede ser considerado como un compromiso entre un sistema de tarjetas de crédito y uno de micropagos o dinero electrónico (anónimo).

Reafirmamos que el medio más usual es el de Tarjetas de Crédito y Débito. Los sistemas de tarjetas de crédito y débito en Internet funcionarían de forma muy similar a como lo hacen hoy en día. El cliente podrá usar si lo desea su tarjeta de crédito actual para comprar productos en una tienda virtual. La principal novedad consiste en el desarrollo del estándar de cifrado SET (Secure Electronic Transaction) por parte de las más importantes compañías de tarjetas de crédito. TRANSFAST es un sistema donde operan diversos operadores, interactúa –como contrato conexo– con las tarjetas de crédito o débito. Dentro de esos operadores no se puede considerar PayPal como un banco, por lo que no se rige por las mismas leyes que las entidades bancarias. A pesar de esto, PayPal tiene que obedecer las reglas del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y de la Autoridad de Servicios Financieros de la Unión Europea. Algunas de las reglas son para evitar el lavado de dinero y las transacciones no autorizadas.

En orden a la seguridad preventiva y los contratos conexos, hay que destacar que PayPal dispone de una política de protección al comprador, de hasta 2.500 USD (o equivalente en otra divisa), donde se cubren problemas de "Artículo no recibido" o de "Artículo muy distinto al descrito", incluyendo no solo el precio del artículo sino también los gastos de envío. Este tipo de protección solo es válida para determinadas compras donde no se incluyan, por ejemplo, artículos intangibles, servicios, vehículos, etc... El punto 13 de las Condiciones de uso del servicio de PayPal informa más detalladamente sobre la protección al comprador. PayPal también percibe dinero por

aplicar la conversión de divisa (compuesta por una tarifa variable según "las condiciones del mercado de divisas" que suele ser de entre el 2,5% y el 4%). Aunque a la hora de pagar en una moneda distinta a la principal, PayPal permite que el cambio de divisa lo proporcione la entidad de la tarjeta de crédito.

Descubrir otras formas de dar seguridad en los pagos podrá ser motivos enriquecedores del debate. Así el CCC argentino dispone en su art. 1071 “Efectos. *Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común*”. También se podría usar de las medidas previstas en los arts. 1710 y ss. que autorizan una acción preventiva (art. 1711) a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712), para intentar evitarlo o minimizarlo, obteniendo una sentencia provisoria o definitiva (art. 1713).

VII – SEGURIDAD Y JURISDICCIÓN.

El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fijando la jurisdicción, o sea donde el comprador-consumidor en una compraventa internacional formalizada por vía electrónica, podrá reclamar –en su caso- por incumplimientos contractuales, particularmente vinculados al ejercicio de su derecho de retractación.

Una modalidad es la posibilidad de indemnización al consumidor en sede administrativa, previsto por el art. 40 bis según ley 26361 que dispone “...La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor... y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco Canastas Básicas... El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del art. 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. – Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.¹¹¹ La recepción de ese título en un juicio monitorio podría facilitar la reparación del consumidor. Esta norma tuitiva es normalmente neutralizada por la apelación, con las dificultades consiguientes para el consumidor para instarla.

1.CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. El Código Civil y Comercial argentino en las “Disposiciones de derecho internacional privado”, regula específicamente la cuestión:

SECCIÓN 12ª Contratos de consumo

ARTÍCULO 2654.- Jurisdicción. *“Las demandas que versen sobre relaciones de consumo 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, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.*

¹¹¹ STIGLITZ, Gabriel A. “El Código Civil y Comercial y la indemnización al consumidor en sede administrativa” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 272 mayo-junio 2015, Buenos Aires, pág. 521.

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 materia no se admite el acuerdo de elección de foro.”

ARTÍCULO 2655.- Derecho aplicable. *“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.

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 lo que nos interesa: se requiere existencia de negocios establecidos, pero las ventas *online* siguen su crecimiento a expensas de los negocios establecidos. Pero se busca mantener la existencia de distribuidores. En nuestro país la modalidad *online* esta difundida pero la entrega es generalmente dispuesta en un lugar designado por el vendedor y es retirado directamente por el comprador luego de que el pago *online* es efectuado. La venta online está permitida en nuestro sistema por medio de ofertas y de su aceptación por medios electrónicos aceptando previo conocimiento de las condiciones generales, por un simple click al pulsar “acepto las condiciones generales que he leído” -y que aparecen en la pantalla- se cierra la operación de la que queda evidencia en las computadoras y en los servidores. El hecho de que sea por un sistema de *clickwrap* es decir a distancia no cambia la circunstancia de que el consentimiento fue dado en forma expresa. ¿Pero entre quien se cerró la venta? En caso de que fuera con una estructura virtual como el retailer detallado el vendedor no se encuentra en el país y el retailer es un intermediario, habrá que ver si lo hace como intermediario vendedor o intermediario agente. Sin duda que hay clausulas como las de jurisdicción que prohíben la prórroga de jurisdicción y se consideran abusivas, pero ello no habilita ningún reclamo en un lugar específico de ladrillo y cemento sino un reclamo online. Al menos entre el proveedor y su e tailer están claras. Y el e tailer no tiene domicilio sino virtual. Diferente es la situación con el consumidor que compra online del e tailer porque lo único que puede hacer es reclamar al retailer por internet, pero está reclamando a una empresa virtual. Ese es un tema que todos los que compran nunca han pensado porque compran a alguien de carne y hueso en el país, o alguien le entrega en el país, mientras que las compras online en el extranjero se entregan en forma no personal.¹¹²

Lo que es importante es la evidencia, también en este aspecto, de la protección al consumidor¹¹³

¹¹² MARZORATTI, Osvaldo J. “El efecto de las ventas on line frente a los sistemas de distribución comercial”, disertación en Congreso Internacional de Derecho Comercial, Bs. Aires 4/5 de julio de 2016 .

¹¹³ MISTRETTA, Carolina Valeria “La protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado” en La Tesinas de Belgrano, Ed. Universidad de Belgrano, tesis n° 550, Oct. 2012. Buenos Aires.

2. ACCION CONTRA EL PROVEEDOR O VENDEDOR EN PARAGUAY. *La acción del consumidor o usuario podrá dirigirse tanto contra el vendedor o proveedor del producto nocivo, esta acción se funda en el contrato existente entre el usuario o consumidor y el vendedor o proveedor, por lo que constituye una garantía^{114[7]} o seguridad que se debe ofrecer por los productos que se vende.*

Para la Ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario, se denominará proveedor a “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolla actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por lo que cubre un precio o tarifa”(Art. 4° inc. b), asimismo, la ley dispone que queda sujeto a sus disposiciones todos los actos celebrados entre proveedores y usuarios, bajo cualquier forma de transacción comercial (Art. 3°), por tanto, si bien la relación jurídica formada entre el proveedor y el consumidor es de naturaleza especial al caer bajo la protección de la ley 1334, sin embargo, la acción que surge es de naturaleza contractual, pero el fundamento real del deber de resarcir es el riesgo creado por la elaboración de los productos que se ha distribuido masivamente al consumidor.

Al analizar rápidamente estas protecciones se concluye que la autonomía de la voluntad en esta materia ha sido restringida ostensiblemente, el factor confianza fundado en la apariencia demostrada por el ofertante constituye el fundamento de la protección legal.

La modificación de la carga de la prueba, es otra de las características basada en la confianza depositada en la apariencia, en razón de que el contratante no estaría requiriendo al sujeto que se encuentra en la ventanilla de un banco su representación convencional como factor.

Las leyes de protección a los consumidores incorporan normas que pretenden tutelarlos en el ámbito del proceso, y al margen de expresas disposiciones, el principio de la carga dinámica de la prueba, la razonabilidad y discrecionalidad judicial deben asegurar soluciones justas.¹¹⁵

No descartamos la posibilidad de analizar y normativizar el uso de procedimientos monitorios, con limitado trámite de conocimiento, basado en una demanda del consumidor-comprador internacional, debidamente documentado, promovida con conocimiento del vendedor, permitiendo tanto la sentencia ejecutiva como la promoción del contradictorio por el demandado para enervar la acción monitoria.

VIII - LA SEGURIDAD Y LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Hemos remarcado el gran problema de la sociedad moderna: la justicia lenta¹¹⁶ –que se ha llegado a decir que “no es justicia”. La obligatoriedad de la jurisprudencia parecería que podría paliar esta cuestión, pero sabemos que ni en el orden nacional ni en el provincial, ni son obligatorios

¹¹⁴ HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo. Publicación en la Ley Paraguaya, publicación del año 2010, citado por el Académico cuyo trabajo mencionado venimos incorporado en cursiva.

¹¹⁵ Sobre el punto puede verse QUAGLIA, Marcelo Carlos “La carga de la prueba en el ámbito de las relaciones de consumo” en *Revista de Dercho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, año IV, n° 5, octubre 2015, pág. 85.

¹¹⁶ RICHARD, Efraín Hugo “Justicia y Derecho”, págs. 419 a 430 para la Comisión n° 3 “Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, editado en Córdoba 1998.

los precedentes de los máximos Tribunales, ni se cumplen las sentencias judiciales, no sólo se exige agotar innecesariamente todas las instancias recursivas. Ello satura el sistema judicial y genera una discriminación en torno a derechos de los más débiles, particularmente los consumidores y los jubilados. Sobre este punto podrían ser adecuados los procesos colectivos.

El centro de la cuestión debe ser el de asegurar una justicia eficientemente rápida y ejecutiva para evitar la proliferación del incumplimiento, que luego satura el mercado y la actividad productiva.

Pero el elemento más efectivo de seguridad para el consumidor es la posibilidad, ante violaciones generalizadas, de la promoción de acciones colectivas a través del sistema de defensa del consumidor. Hemos visto que las mismas tienen rango constitucional. Lo reafirmamos, y ello fue recogido en el art. 14 del nuevo Código Civil y Comercial argentino “En este Código se reconocen: ... b) derechos de incidencia colectiva...”.

La Constitución Nacional Paraguaya, del año 1992, consagra la tutela de los intereses difusos en forma expresa dentro del Título destinado a los deberes, derechos y garantías fundamentales. Así, el Art. 38 Del Derecho a la defensa de los intereses difusos: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad, del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

También la referida Ley especial 1334/98 de Paraguay en la materia, establece: “La defensa en juicio de los derechos que esta ley precautela podrá ser ejercida a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos difusos o colectivos”. Tendrán acción el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos de los Arts. 45, 46 y 47, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la República.

Es que la defensa de la relación de consumo y la protección al consumidor tiene una base constitucional en algunos países. Tal el ejemplo del país anfitrión que la integró a su Constitución en el año 1992, adelantándose en dos años a esa integración en la República Argentina.

Algún autor ha señalado que nos hallamos sobre un terreno movedizo y frágil, particularmente partiendo de las experiencias en Estados Unidos y conforme a la teoría del “deekp-pocket”, de que el pobre se agarra del bolsillo del rico (el consumidor al del gran fabricante). No obstante lo cual se justifica la legitimación de grupos que resulten afectados a través de la “class action”.¹¹⁷ Obviamente que entendemos que esas asociaciones tienen un rol preventivo defendiendo los intereses económicos de los consumidores e interviniendo en el proceso de toma de decisiones administrativas respecto del sector del consumo,¹¹⁸ pero ello no debe conllevar restarle legitimación en los procesos judiciales mismos para la reparación de daños uniformes.

¹¹⁷ DE ANGEL YAGUES, Ricardo “La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos”. Pág. 58 y ss. en AAVV *Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*”, Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

¹¹⁸ ORTEGA ALVAREZ, Luis Ignacio “El papel de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios”, pág. 226 en obra citada en nota anterior.

1.CONVENIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS. Es claro que las acciones autónomas disponibles para cada individuo, no suplen las acciones colectivas, pues ¿son iguales las consecuencias en materia de tasas fiscales, gastos, costas eventuales y, en definitiva, la sensación de no ser un virtual pigmeo -aislado además- frente a un coloso, con todo el menoscabo anímico que ello conlleva para un ciudadano por completo ajeno al mundo de los pleitos judiciales?. Dicho de otra manera: brindar a los ciudadanos las posibilidades de una protección judicial derivada de una acción como la que estamos comentando, es mucho más sensata, moderna y elusiva de esos factores psicológicos que tantas veces producen desaliento “a priori” y, por lo tanto, la decisión de nada hacer. Máxime con el concepto colectivo que hoy está instalado en la sociedad acerca del sistema judicial argentino.¹¹⁹

Como expresa Lorenzetti¹²⁰ “...en el derecho argentino, cabe señalar que la relación de consumo tiene su causa fuente en un contrato o en un acto jurídico unilateral o en un hecho jurídico, conforme surge claramente de la Constitución Nacional y de los arts. 1, 2 y 40 de la ley 24.240”.

Para hacer frente, entonces, a las organizaciones gubernamentales y empresarias resultó necesario que individualmente los consumidores se organizaran. Extremo éste que en los países centrales fueron cubiertas en las primeras décadas del siglo pasado pero que en nuestro país recién nació con la reforma constitucional de 1994, al reconocerse legitimación activa procesal a las asociaciones de defensa de los consumidores.

Al respecto, señala Andrés Gil Domínguez¹²¹, que *“Muchos desaciertos epistemológicos se han cometido y se cometen alrededor de los derechos colectivos. Uno de ellos es profesar que los derechos colectivos son “nuevos”, entendiéndose por tal, a una irrupción histórica que presenta un carácter posterior a los “clásicos” derechos subjetivos. Pero no es así. En el mundo de la historia de la humanidad puede parecer a primera vista que los derechos subjetivos son de larga data. Mas su presentación como poder o facultad de las personas frente al Estado o al resto de la sociedad sólo se concretó con el iusnaturalismo racionalista y con los movimientos revolucionarios desarrollados en los EE UU y en Francia. Los cuales originaron constituciones liberales en las que el derecho subjetivo pasó a ocupar el centro del orden jurídico. En la antigüedad no existía la idea de subjetividad independiente del derecho objetivo de la comunidad a la que se pertenecía. El individuo era “sui iuris” por su integración en la colectividad social y no por su personalidad. Así, el interés colectivo prevalecía por sobre cualquier interés particular...Una de las grandes revoluciones de nuestro tiempo se hizo bajo el dogma de la soberanía popular en nombre de un sujeto colectivo: el pueblo...La sanción de la Constitución norteamericana se realizó sobre la base de un sujeto colectivo: el pueblo...En la Argentina existen componentes históricos que permiten afirmar que los derechos*

¹¹⁹ RICHARD, Efraín Hugo “Justicia y Derecho”, págs. 419 a 430 para la Comisión n° 3 “Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, citado.

¹²⁰ LORENZETTI – SCHOTZ *DEFENSA DEL CONSUMIDOR*, Ed. Abaco, nov.2003, pág. 95.

¹²¹ *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales* Ed. Ad Hoc 2009.

colectivos no son producto de la reforma constitucional de 1994. Por el contrario, estos tienen una existencia histórica anterior a la sanción de la Constitución que se remonta al proceso constituyente originario (1853-1860), en el que fueron incorporados a través del art.33...”

Dicho autor también expresa que “Si bien con una estructura y extensión distinta de la que presentan en la actualidad, los derechos colectivos fueron formulados antes que los derechos subjetivos. Ello se verifica si observamos que la base de sustentación conceptual de los derechos subjetivos y de los derechos humanos está significada por derechos colectivos. En la actualidad, los mal llamados “nuevos derechos” son en realidad una “relectura de viejos derechos” en el marco de un paradigma constitucional (el Estado constitucional de derecho) en el cual los derechos fundamentales conforman la dimensión sustancial de la democracia. La preexistencia de los derechos colectivos respecto de los derechos subjetivos (que más tarde devino en una coexistencia) permite despejar cualquier clase de presunción que dote de una mayor jerarquía o proyección a los derechos subjetivos sobre los derechos colectivos. Ambos concurren, cada uno con su propia estructura, como derechos fundamentales en igualdad de condiciones en el campo de la regla de conocimiento constitucional...”

La aparición de los llamados derechos colectivos o difusos, o derechos de incidencia colectiva como los denomina nuestra Constitución Nacional (art. 43), obliga a buscar nuevas herramientas que permitan su real ejercicio y protección judicial. Un "amparo colectivo", o sea, una institución funcional congruente con la entidad de los intereses a proteger.

Estos nuevos derechos son los relativos a la defensa de los consumidores y usuarios, el derecho a un medio ambiente sano, la protección del patrimonio natural y cultural, la defensa de competencia y el resguardo contra la discriminación, entre otros (art. 43 C.N.). Los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional establecen el marco constitucional para la protección de los derechos de incidencia colectiva, a saber: derechos al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y las actividades productivas, la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, los derechos del consumidor y usuarios de bienes y servicios, los derechos contra la discriminación y la protección de la competencia. Estableciéndose además la acción de amparo colectivo para la tutela de estos intereses y legitimándose para su ejercicio al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

A su vez, contemporáneamente a la reforma constitucional se han dictado normas nacionales y provinciales para regular la protección de tales derechos constitucionales. En efecto, en el ámbito nacional la Ley de Defensa del Consumidor 24240 que contiene especiales previsiones procesales para el trámite de los procesos colectivos al regular pormenorizadamente la legitimación y la representatividad adecuada (arts. 52, 53, 55, 56 y 57 ley 24240), y la última establece los alcances de la cosa juzgada (art. 33 ley 25675).

De la interpretación armónica de las disposiciones contenidas en la ley 24240) (y sus normas modificatorias y reglamentarias, la última de las cuales fue por ley 26361¹²² y en el art. 43 CN. es posible concluir que el ordenamiento jurídico vigente contempla la posibilidad de que las asociaciones de usuarios asuman la representación judicial de éstos, ya sea que se trate de la afectación de un derecho subjetivo o de un derecho de incidencia colectiva.

¹²² B.O.7.4.08.

2.EL MEJOR ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA. La cuestión del acceso del consumidor a la justicia es una de las principales claves de la eficacia del sistema de protección jurídica del consumidor.

Ocurre que las normas de defensa del consumidor han consagrado a la vez soluciones sustanciales y procesales.

Las soluciones sustanciales son verdaderamente revolucionarias dentro del Derecho Privado, Civil y Comercial: la nulidad de cláusulas abusivas, las reglas en materia de información y publicidad, el deber de seguridad y la responsabilidad objetiva por productos y servicios, etc.

Pero de poco servirían esas soluciones sustanciales si al mismo tiempo no hubieran venido acompañadas por una notable transformación también en el campo procesal, como la que efectivamente provocaron la Ley de Defensa del Consumidor 24240 (LA 1993-C-3012) (arts. 52 y 53) y la Constitución Nacional (art. 43).

Fundamentalmente, consistió en un tránsito desde el esquema clásico de acciones individuales y estrictamente resarcitorias (o sancionatorias) hacia un sistema de acciones judiciales colectivas y preventivas. El punto culminante en tal sentido es el art.54 de la ley 24240 (t.o.por ley 26361), cuando consagra la extensión de una sentencia favorable a la reclamante en un litigio judicial, hacia todos los ciudadanos que estén en esa situación aunque no hayan sido parte de los trámites judiciales.

Empero, esa condena de un actor individual no evitará el enorme costo social de múltiples consumidores víctimas de la misma situación, que no encontrarían solución por no haber participado individualmente del aludido e hipotetizado proceso judicial.

Acciones colectivas de ese tipo, por otro lado, desplegadas a través del ejercicio de una legitimación activa amplia (art. 52 ley 24240), han sido las que efectivamente ejerció el GCBA en casos como el aquí comentado (con resultado favorable) a través de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor.

3.JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Este Superior Tribunal ha brindado importantes (y a favor) antecedentes sobre problemáticas análogas, sobre la acción colectiva, que consideramos aplicable a un planteo colectivo en torno a compra venta internacional por vía electrónica a consumidores, en cuanto a la promoción de una acción colectiva de haber intereses homogéneos. Registramos el siguiente fallo, en el cual se citan otros antecedentes, dictado en los autos "Mujeres por la Vida –Asociación Civil sin fines de lucro- Filial Córdoba v. Estado Nacional", finalmente resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho caso, el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN dictaminó que: “el art. 43 CN. reconoce expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa -entre los que se encuentran las asociaciones- por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva. Así, esta Procuración General ha sostenido que la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar,

que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (conf. dictamen del 29/8/1996, in re A.95. LXXX, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina v. Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa", en la que V.E., por sentencia del 22/4/1997, rechazó la excepción de falta de legitimación, acogiendo la opinión de este Ministerio Público [Fallos 320:690 [5]].) "En igual sentido se ha pronunciado el procurador general en la causa A.186, LXXXIV, Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986" (dictamen del 22/2/1999, a cuyos términos se remitió el tribunal -por mayoría- en su sentencia del 1/7/2000 [Fallos 323:1339]) y en el caso publicado en Fallos 325:524 ("Mignone")." "Pues bien, a mi modo de ver, las conclusiones de tales precedentes son aplicables al sub índice, porque la actora es una asociación entre cuyos fines se encuentra -como surge de su estatuto organizativo- promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida (ver fs. 38/42 y escrito de inicio de fs. 46/61, en especial, fs. 46 vta., in fine/47), circunstancia que permite concluir que aquella se encuentra legitimada para demandar como lo ha hecho."

LORENZETTI también expresó en su voto en dicho precedente: "Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos." "Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 CN.) son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado." "En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes." "En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno." "En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera." "Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al defensor del pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular." "Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación." "En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño." "Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular." "Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa

fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia.” “El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.” “El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.” “El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos 322:3008, consid. 14, disidencia del juez Petracchi)...”

4.LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN COLECTIVA. La fenomenología de los derechos colectivos dan marco a la figura de la legitimación extraordinaria la cual otorga validez a las llamadas “realidades procesales colectivas” y, dentro de ellas la defensa de los derechos o intereses individuales homogéneos, los cuales al ser ontológicamente individuales procede darles tratamiento “colectivo” por razones de economía procesal y ventaja del acceso a la justicia.

Lenta pero inexorablemente, el tiempo fue generando una situación cambiante en materia procesal de derechos colectivos. Se ha superado la inicial estrechez conceptual de categorías jurídicas que llevaban siglos aplicándose en cuestiones de derecho ritual, y hoy están “heridas de muerte”. Señala al respecto Ricardo L. Lorenzetti, que: “...las instituciones privatísticas del siglo XIX fueron ideadas para pocas personas; generalmente se ocupan de problemas bilaterales. De conflictos contractuales entre acreedor y vendedor. No está presente la contratación en masa (¡mal podía estarlo, claro, cuando no se tenía ni idea de la revolución técnica y cultural que devendría tan solo un siglo después!). La propiedad era un problema del propietario, pero no toma en cuenta el fenómeno que produce la presencia de una gran cantidad de propiedades agrupadas. Este diseño avaro condiciona la utilización de esas herramientas cuando se las pretende utilizar para el “acceso masivo e igualitario a la justicia”. “El proceso (en la concepción clásica) es un sistema de posiciones rituales, ordenadas dialécticamente al modo de la tesis, antítesis y conclusión hegelianas. Está focalizado en el análisis de problemas individuales, en conflictos bilaterales. Por otra parte, la idea de “debido proceso” se conjuga con el “tiempo lento”, con “tomarse tiempo” para la reflexión y la solución de los problemas. Una máquina procedimental ordenada en base a pretensiones individuales y ritos formales rigurosos es lenta. La presentación de pretensiones masivas desequilibra el sistema, porque el mismo no está preparado para atender a grandes grupos, sino a individuos. Asimismo, el sistema está demasiado preparado para ocuparse de pequeños problemas...”. “...Las acciones basadas en intereses difusos o individuales homogéneos, junto con el efecto expansivo de la cosa juzgada, provocan una disminución de gastos en la justicia, pero un alza de costos en términos de lo que debe ceder el derecho clásico en sus formas de garantía del debido proceso... Estos derechos apropiados para el acceso constituyen algo diferente de lo que estamos acostumbrados a ver. Sus disposiciones son menos rigurosas y más flexibles, se ajustan poco a las sistematizaciones clásicas, tienen un lenguaje jurídico impuro, en elaboración.... ¿se trata de un derecho de segunda clase?”. El propio autor da la respuesta: en absoluto es así: “...Los denominados bienes colectivos han adquirido relevancia tanto a nivel constitucional como en la legislación especial... Los derechos que protegen al usuario y al consumidor, si bien son individuales tienen incidencia colectiva, puesto que hacen al buen funcionamiento del mercado (art.43 de la C.N).

De la obra de Lorenzetti que estamos citando ella extraemos algunas otras consideraciones que nunca está de más reiterar: “*Derechos Humanos procedimentales*” es la categoría que da sustento a la acogida judicial de cuestiones como las que venimos desarrollando e “*Intereses pluriindividuales homogéneos*” una de sus especies. Que se dan cuando no obstante ser un interés individual la base de un reclamo, el mismo es

homogéneo y susceptible de una sola decisión. Lo cual refleja que hay homogeneidad-imputación objetiva que amplía el campo de la reparación (p.289), puesto que no sólo quienes demuestren –judicialmente- la culpa podrán obtenerla, sino también aquellos que no estén en condiciones de hacerlo.”

Adecuado epílogo de esta reseña a favor de la legitimidad activa de una ONG y de los alcances “erga omnes” que deben tener las sentencias originadas en reclamos de este tipo de Asociaciones, es señalar las recientes manifestaciones sobre el particular expuestas en XXIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, una de cuyas Comisiones (la de Procesal Civil) se destinó específicamente a los procesos colectivos y acciones de clase, analizando la problemática de la legitimación y de los alcances de la cosa juzgada.- Es más: se constituyó esa problemática en el tema “emblemático” del evento, reflejado ello en las conferencias de apertura y cierre, además del trabajo en comisión. Fue unánime el respaldo al criterio expuesto como necesidad de los justiciables del siglo XXI, para no malograrles el acceso a la justicia en mérito a un enfoque arcaico, por completo divorciado del avance no solo de las restantes ciencias del saber (física cuántica, medicina nuclear, ingeniería espacial, etc.) sino también de la evolución del propio campo jurídico, tan notoria en muchas de sus áreas (la de los modernos contratos inclusive por vía informática, firma digital, en el ámbito de los negocios, en el derecho de familia también, etc.), a lo cual no puede permanecer ajeno el derecho procesal, como si el mundo estuviera detenido en el tiempo de los romanos. Debido a la relación que surge del propio texto constitucional, la legitimación procesal para interponer una acción de amparo colectivo (“legitimación activa colectiva”) es una función directa de la existencia de derechos de incidencia colectiva. Cuando existan derechos de incidencia colectiva afectados, queda habilitada la legitimación activa colectiva, postura que incluso comparte la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5.LAS REFORMAS A LA LEY ARGENTINA. La ley 26361 – Reformas a la ley de defensa del consumidor 24240, cerro (a favor) el debate sobre legitimidad de las ONG. Dicha reforma -entre otros cambios- introduce un artículo, el 54 (artículo 27 del despacho), dedicado a las ACCIONES DE INCIDENCIA COLECTIVA que contiene tres párrafos: el primero, referido a la mecánica para un acuerdo conciliatorio, el segundo a los alcances de la sentencia dictada en ese marco y el tercero, las pautas de reparación cuando hubiese contenido patrimonial en la cuestión. Esa norma establece que: “ ... La sentencia que haga lugar a la presentación hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de la reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser posible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

Por otro lado, el art. 55 de la ley 24240, ya desde origen atribuyó legitimidad a las asociaciones de defensa del consumidor cuando se lesionaren intereses de los consumidores. Ahora sólo se le agregó un párrafo referido al beneficio de litigar sin gastos, o, mejor dicho al carácter de “justicia gratuita” que tendrán este tipo de procesos judiciales.

Analizando para el ejercicio de una acción de clase tutelando derechos de incidencia colectiva, aplicable a los consumidores –tanto como acciones preventivas como reparatorias-, se ha entendido “se configuran los requisitos de: causa fáctica común, pretensión procesal enfocada al aspecto colectivo”, para

promover la demanda de “acción colectiva” “con sustento en los arts. 42 y 43, CN”, identificando así al “colectivo”, o sea a la “clase”, aceptando a una Fundación la legitimación activa.¹²³

El análisis de las modalidades y legitimaciones en las acciones de clase puede ser un eje para el debate.

IX - JURISDICCIÓN Y POSIBILIDAD DEL ARBITRAJE.

El principal aspecto en este crecimiento de público-consumidor en el comercio electrónico, estará dado por la posibilidad de que el cliente le inicie una acción judicial en su lugar de residencia y que éste no sea el mismo que el del comerciante. Entonces, mientras más lejos coloque los productos y servicios el comerciante, más lejos tendrá que viajar a defenderse de una acción judicial en su contra. Una manera de mitigar esta situación, es establecer un sistema de resolución de disputas alternativo, ya sea vía Internet o vía los foros internacionales, como puede ser la Cámara Internacional de Comercio y su muy reconocido sistema de Arbitraje. El arbitraje en el Código Civil y Comercial Argentino ha sido regulado como “contrato”, aunque la mayor parte del articulado se relaciona con el proceso arbitral, que desde los orígenes de nuestra institucionalidad ha sido regulado por las leyes procesales.¹²⁴

La preocupación central es la eficiencia de un sistema para devolver el equilibrio ante el conflicto generado que impone al perjudicado recurrir a un sistema estatal o privado para asegurar un cumplimiento.¹²⁵

Para analizar el método que se utilizará para solucionar los diferendos y las disputas que surjan de la contratación electrónica se deberá dividir entre las relaciones con consumidores B2C y las relaciones entre empresas, B2B.

En el primer caso, normalmente se habilita la sede judicial del domicilio del consumidor y la norma protege ampliamente a éste. En el segundo caso, los empresarios están mayoritariamente optando por los medios alternativos de solución de diferendos como son la Mediación y el Arbitraje.

Estos métodos son más amigables para las transacciones electrónicas porque sus normas de procedimiento, por ejemplo si se siguen las de la Cámara de Comercio Internacional, están más actualizadas que las legislaciones de cada país, y están orientadas a los comerciantes o a los negocios, incluso para solucionar problemas de inversionistas.¹²⁶

¹²³ Juzg. 44° CC Córdoba, fallo del 31 de mayo de 2016 en “Fundación Club de Derecho Argentino c/ Banco Itaú Argentina S.A. – Abreviado – Otros – Exp. 2849064/36, publicado in extenso a pág. 173 y ss. en Semanario Jurídico, tomo 114 – 1016 – B, Ed. Comercio y Justicia, diario 2065 del 28 de julio de 2016 año XXXIX, *Fallos y Doctrina SEMANARIO JURÍDICO*.

¹²⁴ CRISTIÁ, María José “Algunos aspectos del arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, Año CV – 1528, Mayo de 2016, Rosario, Argentina, pág. 38 y ss..

¹²⁵ RICHARD, Efraín Hugo “Arbitraje interno de Derecho. Las Bolsas de Comercio de Córdoba, Rosario y Santa Fe”, en Libro Colectivo *Resolución Alternativa de Conflictos 2* tomos, Editorial Hammuraby, Buenos Aires 2010, Dirección Raúl A. Etcheverry - Elena I. Highton, tomo I *Arbitraje*, pág. 235 y ss..

¹²⁶ BELLO, Janeiro “EL ARBITRAJE INTERNACIONAL” en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho de La Coruña, 2013, señaló CONCLUSIONES: “1. El arte y la técnica del arbitraje conocidos y practicados históricamente y regulados en el derecho romano conoce gran auge en el S. XX como un medio importante para la resolución de

Entre estos métodos de resolución de diferendos, existe un método administrado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) que se ha instrumentado totalmente en formato electrónico, aunque hoy solo se aplica a las disputas generadas en torno a los nombres de dominio. De todas maneras es un procedimiento innovador y que seguramente pronto se podría trasladar a los conflictos generados entre comerciantes y empresas, B2B.¹²⁷

Sobre el punto la doctrina señala “El arbitraje es una justicia privada, de fuente convencional, ya que su origen inmediato es el acuerdo a través de la cual las partes exteriorizan su voluntad de excluir la intervención de los tribunales judiciales, y someterse a la decisión de árbitros. En conclusión, este acuerdo o convenio arbitral configura un contrato en sí mismo y es la estructura adecuada para su desarrollo... se puede evidenciar la naturaleza mixta del arbitraje —contractual por su origen, jurisdiccional por las atribuciones que de él derivan a los árbitros—, circunstancia recogida no solo por la doctrina y jurisprudencia internacional, sino también por nuestros tribunales nacionales y ahora, por la legislación nacional”.¹²⁸

También se ha interpretado que “el nuevo Código –Civil y Comercial Argentino- acoge esta posición ecléctica puesto que si bien reconoce al arbitraje la naturaleza de un verdadero contrato, ello no excluye que los códigos locales regulen todo lo atinente al procedimiento en relación con la administración de justicia, medidas precautorias, recursos, ejecución del laudo, etcétera”.¹²⁹

En algunos precedentes, la Corte Suprema se ha pronunciado a favor de dicha posición mixta respecto de la naturaleza del arbitraje, en los siguientes términos: “no resulta razonable... aplicar a los árbitros las pautas establecidas para la remuneración de los jueces de la Nación, pues la naturaleza jurídica de unos y otros difiere sustancialmente. Ello es así, pues si bien los árbitros poseen la facultad de resolver conflictos de intereses, no ejercen -como los jueces- la *iurisdictio* en

conflictos. 2. La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad hacen del arbitraje uno de los más recomendables para la solución de conflictos internos e internacionales. 3. Para que el arbitraje sea verdaderamente eficaz y mantenga su reputación como institución, es preciso adoptar unos niveles legales y éticos elevados, y respetarlos. ... 6. Junto al arbitraje comercial y financiero propiamente dicho se sugiere prestar especial atención, por su máxima relevancia, al arbitraje de inversión. 7. La entrada en vigor de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, supone un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución, que propicia la creación de las condiciones necesarias para hacer de España un referente en la materia por la celeridad, eficacia y flexibilidad de los arbitrajes que refuerza la seguridad jurídica de los laudos y su ejecución y reconocimiento....9. En una economía global caracterizada por el incremento constante de los flujos comerciales internacionales, es imprescindible armonizar el Derecho que la ordena, y, singularmente, el régimen jurídico del arbitraje, tanto interno como externo, lo cual facilitaría que se pacten convenios arbitrales....12. El arbitraje comercial internacional es manifestación de la libertad contractual de los ciudadanos. El desconocimiento de la normativa y el incumplimiento de los laudos arbitrales, así como las denuncias de los tratados que los contemplan bajo un régimen de inversiones para evitar su aplicación, afectan, no solo al desarrollo económico por propiciar el aislacionismo, sino también a la seguridad jurídica propia del Estado democrático de Derecho y por configurar un elemento de riesgo en materia de relaciones económicas internacionales....14. Todos los países iberoamericanos deberían de favorecer sus posibilidades como sedes de arbitrajes sobre conflictos comerciales internacionales. España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, pueden aprovechar el nuevo marco normativo, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para lo cual ha de tenerse en cuenta también el notable incremento del volumen de inversión de las empresas españolas en el extranjero en sectores estratégicos”. Destacamos que integramos los Tribunales institucionales de Arbitraje de las Bolsas de Comercio de Córdoba y de Rosario, República Argentina.

¹²⁷ Para más sobre este procedimiento: <http://www.wipo.int/amc/es/>

¹²⁸ SANDLER OBREGÓN, Verónica, “Contrato de arbitraje” (Capítulo 29, Título IV, Libro Tercero), en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV, Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 347.

¹²⁹ CRACOGNA, Dante, “Contrato de arbitraje” (Capítulo 29, Título IV, Libro Tercero) en CAORDOBERA, Lidia; BORDA, Alejandro y ALFERILLO, Pascual, *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 959.

virtud de la soberanía del Estado que los inviste como funcionarios públicos, sino que generalmente reciben sus poderes de una convención privada de forma tal que, no por actuar en esa calidad pierden su carácter de particulares designados por disposición de las partes... [A] diferencia de los jueces -órganos del Estado- los árbitros desempeñan una actividad mixta, jurisdiccional por su naturaleza, pero convencional por su origen en la mayoría de los casos, pues la estructura de la institución arbitral se explica sobre la base de la voluntad de los interesados, sin que, en consecuencia, su participación en la administración de justicia tenga su fuente en una dependencia directa del poder estatal... [P]or ende, tratándose de la función arbitral prevista en el art. 736 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la justificación del poder de dirimir un conflicto debe encontrarse en una doble convención: entre las partes, por un lado, y entre el árbitro y las partes, por otro, aun cuando la voluntad de los interesados no sea plenamente soberana pues es el Estado el que reconoce el valor y garantiza la eficacia de esta convención”.¹³⁰

Claro que por estas razones “el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquéllos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas, ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales”.¹³¹

Hay que tener en claro que la posibilidad de arbitraje local para consumidores, que puede revestir conveniencia por su eficiencia, pueden no serlo en casos de compraventa internacional, para más por vía electrónica. Son diferentes sistemas para distintos escenarios.

Se ha adoptado en la Comunidad Europea, donde España lo ha entronizado en el año 1993 con beneplácito general¹³², lo que introducimos en el apartado 3 siguiente.

1.LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE PARA CONSUMIDORES. La posibilidad de pactar o recurrir al arbitraje está acotada, como transcribimos, por el CCCA: *ARTÍCULO 1109.- Lugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.*

Veremos que el mismo CCCA potencia ese criterio negativo.

Sobre esta posibilidad, en Paraguay se ha dicho *Esta ley (del consumidor apuntamos), tiene como objeto proteger al consumidor final en las relaciones de distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios. Se aparta de la concepción tradicional (autonomía de la voluntad) del Código Civil, y va más allá intentando proteger al consumidor final, la parte más débil de la relación comercial de los contratos en masa que caracterizan nuestras relaciones comerciales actuales. Justamente, buscando proteger a la parte más débil en las negociaciones que se dan en las relaciones de consumo de masa, las normas de esta ley prohíben la utilización cláusulas de arbitraje en los contratos de adhesión. Se consideran*

¹³⁰ CSJN, “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral”, 11/11/1997, *Fallos* 320:2379.

¹³¹ SCOTTI, Luciana B. “Luces y sombras de la regulación del arbitraje en el Código Civil y Comercial de la Nación” en prensa en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires 2016.

¹³² DIAZ ALABARG, Silvia “El arbitraje de consumo (RD 636/1993, 3 de mayo)” pág. 170 y ss. en *AAVV Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*, Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

cláusulas abusivas: ***i. Las que permiten la elección unilateral de juez competente para resolver una controversia entre las partes***. Y Ríos Avalos nos ilustra indicando la norma específica considerando abusiva la disposición obligatoria del arbitraje: Art. 28. “Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que: a) Desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños; b) Importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; d) Impongan la utilización obligatoria del arbitraje; e) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato; f) Violen o infrinjan normas medioambientales; g) Impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y, h) Impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión”

La autora mexicana que citamos¹³³ señala: *Puesto que en la ausencia de una ley específica o en la presencia de una pluralidad de ellas, será la voluntad de las partes definida en el contrato que predominará. Entre las cláusulas más importantes se encuentran : La identificación de las partes ; la dirección geográfica (domicilio social) del establecimiento del proveedor de bienes o servicios; las obligaciones de las partes; los gastos de entrega; las modalidades de pago, entrega o ejecución; la cláusula de confidencialidad de datos personales, en la cual hay un compromiso de no utilizar los datos personales de los clientes para fines diferentes a los previsto inicialmente; la legislación aplicable, no hay que olvidar que se pueden realizar operaciones comerciales con personas físicas o morales de diversos países en los cuales la legislación a aplicar será distinta y el consumidor no conoce forzosamente; y por último si existe la posibilidad de un arbitraje y la jurisdicción competente. En lo referente a los problemas de legislación aplicable y Juez competente, las partes contratantes pueden explicitar la ley que se aplicará. En el caso del contrato de compraventa en línea, la existencia de una cláusula de jurisdicción competente o de arbitraje puede bastar para resolver los problemas eventuales. Con la única observación, que en algunos países la protección del consumidor puede ser considerada como una Ley de policía y de seguridad pública, razón por la cual esta cláusula puede llegar a ser considerada abusiva inmediatamente.*

El Código Civil y Comercial Argentino se inclina, como anticipamos por la misma posición señalada para Paraguay, copiamos la Exposición de Motivos del Anteproyecto sobre el punto: “**XX). Arbitraje** . *El arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores. Este instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disímiles y no es posible aplicar un modelo único. Por esta razón, el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada se aplica, fundamentalmente en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales. La fuente del articulado es el código civil de Québec, la ley modelo UNCITRAL y el reciente decreto francés de enero 2011, aunque los principios que recoge son hoy prácticamente universales”.*

Las controversias excluidas están expresadas en el art. 1651 CCCA “Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos

¹³³ Rocío OVILLA BUENO.

por adhesión cualquiera sea su objeto;...”. O sea que dos previsiones convergen en la exclusión del arbitraje en el contrato de compraventa internacional electrónica con consumidores.

Si bien la norma no deja lugar a dudas en cuanto a que excluye del contrato de arbitraje a las relaciones de consumo¹³⁴, para establecer si una relación jurídica es o no una relación de consumo, muchas veces deberá realizarse un escrutinio que incluye al fondo de la controversia, quedando, entonces, este análisis reservado a los árbitros.

Una cuestión que podría llevar a interesantes beneficios para los consumidores es la posibilidad de que generado el incumplimiento y/o el daño, el consumidor perjudicado pudiera libremente decidir llevar la cuestión a decisión de un tribunal arbitral institucional, por la celeridad y eficiencia de los mismos.¹³⁵

Cabe apuntar que los contratos de consumo tienen por ley específica en Argentina un proceso de arbitraje previsto, pero no ejecutado ni reglamentado, mientras los contratos comerciales son en su gran mayoría de adhesión y por ende no son arbitrables.

Descubrir la uniformidad de estos enfoques nos motivará en el debate.

2.UN RECIENTE FALLO. Recientemente se ha pronunciado la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 16/12/2015 en nuestra República, en el caso “Blanco Rodríguez, María de Las Mercedes c. Madero Urbana S.A. s/ cumplimiento de contrato”**,¹³⁶ donde ante una acción por daños derivada del incumplimiento contractual del vendedor de una unidad funcional, la sentencia admitió la excepción de incompetencia opuesta por este teniendo en cuenta la cláusula compromisoria pactada en el boleto. Apelado el decisorio, la Cámara declaró la nulidad de esa estipulación y dispuso que las actuaciones debían seguir su trámite ante el juez que previno.

Obviamente no se trataba de un contrato de compraventa internacional por vía electrónica, pero señala la prohibición del arbitraje de manera genérica para toda relación de consumo, basada en que “La cláusula compromisoria pactada en un boleto de compraventa de un inmueble es nula, pues, como la pretensión se engarza en la Ley de Defensa del Consumidor, resulta aplicable, por imperio del art. 7 del Código Civil y Comercial, el art. 1651 de esta normativa, el cual excluye del contrato de arbitraje a las relaciones de consumo.”

Transcribimos la totalidad del fallo por la riqueza de sus considerandos **”2ª Instancia.**— Buenos Aires, diciembre 16 de 2015. *Considerando:* Estos autos para resolver los recursos de apelación interpuestos a fs. 159 y 162 contra la resolución de fs 152/154 mediante la cual se hizo lugar a la excepción de incompetencia imponiéndose las costas por su orden. El memorial de la actora luce a fs. 170/177 sustanciado a fs. 190 y el de la demandada obra a fs. 169 sustanciado a fs. 179/181. El Sr. Fiscal General se expidió a fs. 197/198 en el sentido de confirmar la decisión adoptada. Se agravia la actora en cuanto no receptó la nulidad de la cláusula compromisoria

¹³⁴ Cam. Nac. Apel. Civ., Sala F, *in re “Blanco Rodríguez, María de Las Mercedes c. Madero Urbana S.A. s/ cumplimiento de contrato”*, Sentencia del 16-12-2015. En Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año II, N° 1, Febrero 2016, pág. 260.

¹³⁵ Esta posición excluye la posibilidad de la previsión del arbitraje en forma originaria, sino su advenimiento por decisión negocial cuando el conflicto ya está planteado. Recuérdese que abogamos por la celeridad y eficiencia del arbitraje ante la realidad de saturación de los tribunales naturales, desde nuestro punto de vista de integrantes de los Tribunales de Arbitraje General de las Bolsas de Comercio de Córdoba y de Rosario. Para el contrato electrónico de transporte puede verse GOMEZ, Hernán Adrián “El contrato electrónico internacional de transporte aéreo en el ámbito del MERCOSUR. Consideraciones sobre la cláusula arbitral”, citado, que aboga por la legitimidad y conveniencia del arbitraje en esta relación contractual. Con el mismo enfoque en beneficio del consumidor por la eficiencia, y la base de disponibilidad voluntaria de la jurisdicción puede verse CRESPO PARRA, Guillermo “Litigios transfronterizos de contratos de consumo. Competencia judicial, ley aplicable, medios alternativos de solución” 1999 –agradecemos al Dr. Christian Sommer la disponibilidad de esta tesis extranjera).

¹³⁶ Publicado en La ley 28/01/2016, Cita Online: AR/JUR/62392/2015.

contrariamente a la jurisprudencia y doctrina imperante en la materia que sostienen que en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor que estipulan la prórroga de la jurisdicción. Asimismo señala que contrariamente a lo sostenido en la instancia de grado, la decisión recurrida le genera un claro perjuicio al haberse sustraído la causa de la "jurisdicción natural". - También cuestiona que el juez de grado se apartó de la Resolución 53/2003 de la Secretaría de Comercio Desregulación y la Defensa del Consumidor. Por último alega que no se encuentra controvertida la aplicación de la LDC y que en estos términos no existió voluntad de su parte de sustraer la competencia civil ordinaria por tratarse de una relación de consumo con lo cual la cláusula fue impuesta en modo abusivo por la demandada. - En autos se pretende la condena de daños y perjuicios en razón del incumplimiento contractual en el que habría incurrido la demandada respecto del contrato de compraventa de la unidad funcional N° 1704 del Piso 17 del edificio "B-ESTE" y su cochera pertenecientes al emprendimiento denominado comercialmente "ArtMaría" ubicado en el inmueble de la calle Elvira Rawson de Dellepiane 450, CABA en el que se pactó el precio de venta en U\$S400.000. - En este contexto, en la resolución recurrida se dijo que "en lo concerniente al fundamento normativo, la pretensión se engarza en la ya mencionada Ley de Defensa del Consumidor", aspecto que no fuera cuestionado por la demandada. Sentado ello, se define la cláusula compromisoria como "un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros. - La configuración del arbitraje como cláusula, ubicada dentro de otro contrato no implica que pierda su carácter de figura autónoma" (conf. ALTERINI, Jorge Horacio, Cód. Civil y Comercial Comentado, Tomo VII, p. 965). En la especie se estipuló en la Cláusula especial novena: Mediación y arbitraje: Si surgiere un conflicto originado en la interpretación o cumplimiento del presente boleto, las partes acuerdan someterlo a "mediación" o, en caso de falta de acuerdo, a "arbitraje", a través del "Centro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires" o del "Tribunal de Arbitraje General y Mediación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires...". - Corresponde señalar que el artículo 7 del Cód. Civil y Comercial de la Nación prevé que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. - Las leyes no tienen efecto retroactivo, sea o no de orden público, excepto disposición en contrario. - La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales..." A su vez el art. 1651 prescribe que "quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a) las que se refieren al estado civil o capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales. - Las disposiciones de este Cód. relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local." - **En estos términos, al vedar el citado artículo a las relaciones de consumo, corresponderá declarar la nulidad de la cláusula especial novena del boleto de compraventa de fs. 2/13. ...** *Eduardo A. Zannoni.— Fernando Posse Sagüer.— José L. Galmarini.*

3. "Compraventa internacional y los contratos electrónicos"¹³⁷ EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE.

¹³⁷ Agradecemos la contribución recibida por nuestro invitado, el catedrático español José Pajares, el día 29.07.2016 con el título "Compraventa internacional y los contratos electrónicos", muy completo sobre la regulación española, también tratada en el punto IV.1 por el catedrático Jesús Quijano González, por cuanto en su parte final trata la posibilidad del arbitraje, también por eso hemos ampliado el título de presentación. Ambos informes los reproducimos íntegramente.

La normativa que rige la contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español es extensa y se encuentra ampliamente disgregada. Junto con la regulación de las condiciones básicas de contratación contenidas en el Código Civil español y las normas protectoras de consumidores y usuarios previstas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), es especialmente relevante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

Esta última norma transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), y con ella se completa el marco jurídico que regula la contratación de bienes y servicios a través de medios electrónicos.

En virtud de la antedicha normativa, se considera como "contrato electrónico" aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

Tal y como indica el art. 1 de la LSSI, en esta Ley se regula la contratación por vía electrónica, *"en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información"*.

Se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos (art. 2 LSSI), así como a los prestadores de servicios que se encuentren en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España (art. 3 LSSI).

A los efectos de esta Ley, se considera consumidor a *"las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"* según la definición prevista en el art. 3 TRLGDCU.

En los contratos de compraventa que se lleven a cabo en un marco internacional y en los que intervenga un consumidor, las partes podrán elegir la Ley aplicable al contrato de compraventa. Sin embargo, el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) prevé que dicha elección no supondrá para el consumidor la pérdida de derechos reconocidos legalmente por la normativa del lugar de residencia habitual del consumidor.

A falta de acuerdo expreso entre las partes, la ley aplicable que regirá dicho contrato será la normativa material española, cuando el consumidor tenga su residencia habitual en España y siempre que se cumplan las condiciones previstas en el Reglamento Roma I, o cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera (67.1 TRLGDCU). En tales casos, el contrato de compraventa se regulará por lo previsto en el Título IV del Libro Cuarto del Código Civil (arts. 1445 y siguientes), en el que se prevé la naturaleza y forma de este contrato, así como los derechos y las obligaciones de las partes.

El art. 8 TRLGDCU prevé una serie de derechos básicos e irrenunciables para los consumidores entre los que se encuentran: asegurar su protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; garantizar la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; derecho a la indemnización y reparación de los perjuicios sufridos; recibir una información correcta y completa; derecho a la representación, consulta y participación a través de asociaciones de consumidores en la elaboración de disposiciones generales; y asegurar la protección de sus derechos en situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

En la fase precontractual el empresario tiene la obligación de proporcionar al consumidor toda la información necesaria para que éste pueda prestar su consentimiento informado. Así, el consumidor que contrata por medios electrónicos debe disponer de los datos identificativos del empresario y debe poder conocer las características básicas del bien o servicio que pretende contratar, ex artículo 10 LSSI.

Del mismo modo, en virtud del artículo 27 LSSI, el empresario debe poner a disposición del consumidor las condiciones generales de contratación y, además, indicar de forma permanente, fácil y gratuita:

- i)* La forma de tramitación del contrato;
- ii)* Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato;
- iii)* Los medios técnicos disponibles para identificar y corregir errores;
- iv)* Las lenguas de formalización del contrato.

Respecto a la validez y eficacia de este tipo de contratos el art. 23.1 LSSI recuerda que los contratos electrónicos serán válidos y eficaces una vez que concurren: 1) consentimiento de los contratantes; 2) objeto cierto que sea materia del contrato; y 3) causa de la obligación que se establezca; esto es, los mismos requisitos previstos en el art. 1261 del Código Civil para la validez y eficacia de los contratos ordinarios. No obstante, para que sea válido el contrato electrónico no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

En cuanto a la oferta que realiza el empresario, ésta tiene que fijar todos los elementos esenciales del negocio y será válida durante el período fijado en la misma por el oferente o, si no ha determinado un período de vigencia, durante todo el tiempo que permanezca accesible a los consumidores (art. 27.3 LSSI).

En este tipo de contratos en los que no existe una unidad de acto, al llevarse a cabo una contratación a distancia, es especialmente relevante la obligación que impone el art. 28 LSSI al oferente, según la cual, éste debe confirmar la recepción de la aceptación que ha realizado el consumidor a través de alguno de los siguientes medios:

- i)* Acuse de recibo electrónico en el plazo de 24 horas desde la recepción de la aceptación;
- ii)* La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

No obstante, es preciso tener en cuenta que no es necesario confirmar la recepción de la aceptación de la oferta cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente a través de medios

electrónicos, siempre y cuando no se hayan utilizado estos medios con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

A diferencia de los contratos a distancia no celebrados de forma electrónica, en los que se considera que hay consentimiento desde que el empresario conoce la aceptación o desde que se le ha remitido la aceptación y no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, en el caso de los contratos electrónicos deberá entenderse que hay consentimiento desde que el consumidor manifiesta su aceptación de la oferta presentada (art. 1262 del Código Civil, inciso final).

Como especialidad, el art. 29 LSSI determina que el contrato electrónico celebrado con un consumidor se presumirá celebrado en el lugar en que este último tenga su residencia habitual. De esta forma, para el comercio electrónico, se ha venido entendiendo que *“se ha fijado el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, quedando unificado el criterio dispar contenido hasta ahora en el Código Civil, art. 1262.1 y en el Código de Comercio art. 54”* (SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª, S 6-5-2011, nº 219/2011, rec. 259/2011).

Asimismo, la legislación en materia de defensa de consumidores y usuarios otorga el derecho al consumidor a desistir del contrato sin penalización alguna y para ello dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales (art. 102 TRLGCU). Este derecho, que se configura como básico e irrenunciable, obliga en tal caso al empresario a reembolsar todo pago recibido del consumidor, incluidos los gastos de entrega (art. 107.1 TRLGCU), salvo que el consumidor haya optado por una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria.

Para resolver los conflictos que pudieran surgir entre las partes serán competentes los Tribunales españoles si el consumidor tiene su residencia habitual en territorio español o si lo tuviera el oferente, pero este último solo podrá litigar en España si el consumidor también tiene su residencia habitual en territorio español (art. 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Pero además, la propia LSSI prevé la posibilidad de resolver los conflictos que surjan entre el empresario y el consumidor a través de formas alternativas a la solución jurisdiccional. Así, el TRLGCU, junto con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, regula el arbitraje de consumo como medio extrajudicial y voluntario de resolución de conflictos cuyas decisiones son vinculantes y ejecutivas para las partes. En tales casos el laudo arbitral se resolverá en equidad, salvo que las partes optasen expresamente por un arbitraje de Derecho.

Pero además, también se preveen otros sistemas alternativos de resolución de conflictos como los conocidos como *Online Dispute Resolution* (“ODR” o métodos de resolución online) y así indica que *“podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación”* (art. 32.1 LSSI).

Por su parte, los empresarios que comercializan sus bienes o servicios a través de medios electrónicos están sujetos al régimen sancionador impuesto en la LSSI. Así, se consideran infracciones sancionables, entre otras, el incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la recepción de una aceptación, no facilitar la información esencial al consumidor y el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico (*spamming*). Por la comisión de las

infracciones recogidas en el art. 38 LSSI la Administración podrá imponer al empresario multas que pueden llegar hasta los 600.000 euros en el caso de las infracciones muy graves.

En definitiva, el comercio electrónico internacional tiene ya unos cauces y una regulación muy específica que, sin embargo, la práctica irá puliendo.

X – MEDITACIONES PARA EL DEBATE.

Con la información precedente, que incrementamos desde el informe preliminar, con las colaboraciones indicadas y actualizaciones, ponemos a disposición de los Congressistas las cuestiones que podrán ser temática de debate o de recomendaciones.

Para ese momento pretendemos facilitar su abordaje con el temario propuesto, sin perjuicio de la libertad de los asistentes de centrar las cuestiones en temas que consideren fundamentales.

De no presentarse mociones de trabajo, podríamos iniciar el debate –después de escuchar a ponentes-, haciendo observaciones a este informe, en errores y carencias, agregando las referencias al derecho comparado que hemos limitado metodológicamente, para centrar los temas de interés a debatir, particularmente rescatando la interconexidad de los temas, determinando si nos centramos en el comercio internacional de mercaderías por vía electrónica y la defensa del consumidor, como proponemos, pese a los trascendentes temas sobre las modalidades de comercialización y distribución que genera el *ecommerce*. Tema de debate será la regulación de Internet, su posibilidad, conveniencia en la defensa del consumidor; abordando las normas protectorias en relación a la modalidad de pagos, particularmente en los contratos conexos, por tarjeta. Es apasionante la posibilidad de acciones de clase, sus modalidades y condiciones de la legitimación activa, sin dejar de analizar la conveniencia, controvertida legislativamente, del arbitraje de consumo. Podremos también incursionar en el difícilísimo aspecto tributario. No descartamos como motivo de debate un tema que no hemos tratado: la sanción de daño punitivo, que puede ser una sanción disuasoria de dañar.

Cerramos este ensayo apuntado respecto a las relaciones de consumo que las mismas corresponden a un tema originario del derecho comercial, la compraventa mercantil, que ahora inunda las relaciones privadas y ha sido recogido por el CCCA, como así también 16 nuevos contratos para la organización de la producción o comercialización para el consumo.

Parece necesario señalar que se intenta mantener -o generar- un mercado global de consumidores en favor de los estados o regiones más poderosos. Es que las leyes de mercado sólo corresponden a un marco de libre y perfecta competencia, lo que implica una utopía pues la posición dominante en las relaciones económicas y jurídicas ha sido y es una realidad, y de allí las incuestionables leyes de protección a la libre competencia, anti monopolios y de lealtad comercial.
