

[Buenos Aires, lunes 19 de septiembre de 2022 - Nº 15.384]

CONSUMIDOR DIGITAL

EDICIÓN ESPECIAL

Director: CARLOS A. HERNÁNDEZ

**EN ADHESIÓN A LAS XXVIII JORNADAS
NACIONALES DE DERECHO CIVIL**

Mendoza, 22,23 y 24 de septiembre de 2022

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL
FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO,
DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

Autores:

CARLOS A. HERNÁNDEZ

MARÍA VICTORIA MUTILIENGO

MARCELO QUAGLIA

FRANCO RASCHETTI

SERGIO W. VERDURA

60 AÑOS



EL DERECHO

Contenido

PRESENTACIÓN

Presentación del suplemento, por Carlos A. Hernández
Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-250

DOCTRINA

Contratos inteligentes y protección del consumidor, por Carlos A. Hernández
Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-251

Los entornos digitales y la figura del prosumidor, por Marcelo Quaglia
Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-255

Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales, por Marcelo Quaglia y Ma. Victoria Muti-liengo
Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254

Notas sobre el deber de seguridad, la "causa ajena" y el régimen de defensa del consumidor en los entornos digitales, por Franco Raschetti
Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-255

El botón de arrepentimiento en los contratos electrónicos de consumo - Resolución 424/2020, por Sergio W. Verdura
Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-256

Presentación del suplemento

El derecho del consumidor, como rama autónoma y transversal de la ciencia jurídica, tiene espacios colectivos de discusión de sus principales problemas. En el ámbito nacional, el Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y las Jornadas Nacionales de Derecho Civil aportan ámbitos de gran jerarquía, cuyas reflexiones y conclusiones se proyectan sobre las diferentes fuentes, en especial la doctrina individual, la jurisprudencia e incluso las reformas legislativas.

La próxima edición de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil –XXVIII–, cuya realización está prevista para los días 22, 23 y 24 de septiembre del corriente año, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, ha propuesto que la Comisión N° 5 debata sobre los “Principios del derecho del consumidor” y su “Proyección en las relaciones de consumo en entornos digitales”. Se anudan así dos tópicos directamente relacionados, a saber: la agenda digital y la significación que para ella presentan los principios generales.

Dentro de esa convocatoria se inscribe el presente suplemento, organizado bajo la denominación de “Consumidor digital”, con miras a expresar los puntos de intersección entre el derecho del consumidor con las nuevas tecnologías, lo cual permite discurrir sobre la relación de consumo en los entornos digitales, los principios que convergen para la construcción de respuestas jurídicas eficaces, y los problemas recurrentes vinculados con la contratación y la responsabilidad civil, que obligan ahora a poner el acento en aquellos ejes que hoy interpelan con intensidad, especialmente por la irrupción de la tecnología

blockchain y su utilización para el desarrollo de los llamados *smart contracts*, o contratos inteligentes, los alcances del arrepentimiento y las exigencias de seguridad.

El suplemento es fruto del trabajo de los colegas de la Cátedra de Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, con quienes tengo –desde hace años– el gusto de compartir parte de mi vida universitaria. A ellos mi agradecimiento por la dedicación y el compromiso, y a las autoridades de la Facultad que aportan el contexto institucional para favorecer el trabajo en equipo.

Una mención especial para el director del diario EL DERECHO, Dr. Alejandro Borda, quien siempre se encuentra abierto y dispuesto para canalizar con excelencia nuestras inquietudes.

CARLOS A. HERNÁNDEZ
Rosario, agosto de 2022

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

Contratos inteligentes y protección del consumidor

por CARLOS A. HERNÁNDEZ^(*)

Sumario: I. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y DIGITAL. – II. DESCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS INTELIGENTES. – III. LOS CONTRATOS INTELIGENTES Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. – IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

I. La contratación electrónica y digital

La contratación electrónica ha supuesto una modificación de las bases del comercio tradicional que no solo ha perdido sus contornos geográficos, sino también la desmaterialización del contrato⁽¹⁾.

Su desarrollo más intenso se sitúa a comienzos de la década del 80⁽²⁾, a través de la Transferencia Electrónica de Datos (conocida como EDI o *Electronic Data Interchange*), que opera en redes cerradas con sujetos acreditados, intercambiándose los bienes y servicios dentro de comunidades sectoriales.

La apertura que brinda internet⁽³⁾ ha permitido su expansión no solo en las relaciones entre empresas –*business to business* o B2B–, sino además a las operaciones entre empresas y consumidores –*business to consumer* o B2C–⁽⁴⁾.

Desde la perspectiva general que aporta el derecho privado, se sostiene que el comercio electrónico cuenta con un conjunto de reglas o principios de carácter universal sobre los cuales inspirarse: "... equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del C-E; inalteración del derecho preexistente de las obligaciones y contratos; exigencia de muy buena fe; reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo

contexto del C-E"⁽⁵⁾. A ello ha contribuido la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1996 (CNUDMI-UNCITRAL)⁽⁶⁾.

Por su parte, las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor han señalado en el Punto I –dedicado específicamente al tema– que los Estados Miembros deben:

- "... esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio" (directriz 63);

- "... examinar las políticas de protección del consumidor en vigor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico y garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital" (directriz 64);

- "... examinar las directrices y normas internacionales pertinentes sobre el comercio electrónico y sus correspondientes revisiones y, en su caso, adaptar esas directrices y normas a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales, para que puedan acatarlas, y colaborar con otros Estados Miembros en su aplicación a través de las fronteras. Al hacerlo, los Estados Miembros podrían tal vez estudiar las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos" (directriz 65).

Como se advierte, el fenómeno del comercio electrónico exigió recurrir a normas generales, y en especial a los principios, con miras a lograr la mayor eficacia de las respuestas jurídicas, atento al riesgo cierto de obsolescencia.

En el ámbito del derecho del consumidor se constata una fuerte preocupación por esta problemática. Por ejemplo, a nivel regional existen aportes normativos de valía, entre los cuales se recuerda a la Resolución N° 37/19 emanada del Grupo Mercado Común del MERCOSUR sobre "Protección al consumidor en el comercio electrónico"⁽⁷⁾.

En lo que concierne al régimen nacional, este fue construyéndose a partir de sucesivas etapas, acompañadas por aportes dogmáticos de importancia, en donde algunas obras doctrinarias fueron señeras para elaborar las respuestas a partir de las reglas y principios disponibles⁽⁸⁾, como antesala de las nuevas soluciones y metodologías que hoy imperan. Si bien de la regulación inicial de la Ley N° 24.240 sobre las "ventas domiciliarias, por correspondencia y otras" (Capítulo VII, arts. 32, 33 y 34), podían derivarse importantes consecuencias⁽⁹⁾, no menos relevantes resultan los valiosos aportes del Código Civil y Comercial, que exigen interpretar aquellas reglas desde la perspectiva del diálogo de las fuentes⁽¹⁰⁾. A ello se

(5) ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, ob. cit., pág. 41.

(6) Se encuentran disponibles en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf (Consultado en fecha 7/08/2022).

(7) La misma entró a regir en nuestro país conforme lo dispusiera la Resolución N° 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

(8) ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, y LORENZETTI, Ricardo L., *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

(9) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La venta domiciliaria y por correspondencia en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor", Rubinzal-Culzoni Digital: 828/2014; ESBORRAZ, David F. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales", Cita Online: TR La Ley 0003/000959, y DE LORENZO, Miguel Federico, "Comentarios a los artículos 32, 33 y 34" en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I (Parte General), pág. 364 y ss.

(10) Así, la recepción de los "contratos celebrados a distancia" (art. 1105) resulta una especie apropiada para captar la vasta y compleja problemática que genera el uso de las nuevas tecnologías en la formación y ejecución del contrato, más aún cuando se ha mejorado el signo dominante de estas operaciones jurídicas, que es la llamada "revocación" –a la que aluden y regulan los arts. 1110 a 1116 inclusive–, y a la que se tipifica como un derecho subjetivo discrecional del consumidor; al respecto puede verse a HERNÁNDEZ, Carlos A.,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUINAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCINI CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los "e-consumers"?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho; Profesor Titular Ordinario de Derecho de los Contratos, y de Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA); Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 38.

(2) DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 2000, N° 660, pág. 2328.

(3) TOSI, Emilio, *I problemi giuridici di internet*, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 10 y ss.

(4) Una interesante síntesis del origen del comercio electrónico puede verse en CÁRDENAS NEGRO, Ma. Del Pino, *Las garantías jurídicas de los usuarios del comercio electrónico*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, julio 2015, pág. 20 y ss.; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=154410> [Consultado en fecha 7/08/2022].

añaden las reformas parciales a la Ley de Defensa del Consumidor⁽¹¹⁾, y relevantes resoluciones de la autoridad de aplicación nacional⁽¹²⁾, que han profundizado la tutela del consumidor electrónico⁽¹³⁾.

El importante camino recorrido se encuentra hoy frente a nuevos desafíos.

La contratación electrónica va siendo interferida por la contratación inteligente. En tal sentido se recuerda que “los contratos electrónicos están vinculados a las páginas web y luego a las aplicaciones y respectivas plataformas. La trascendental novedad referente a la desmaterialización del contrato versa sobre la presentación electrónica de los términos y condiciones, las cuales en este tipo de contratos son expresadas en lenguaje alfanumérico y establecidos en una cadena de bloques inmodificable. En cambio la forma de los contratos inteligentes se determina por la manera como se concrete la arquitectura o forma de la cadena de bloques o *blockchain*; en estos igualmente, se continúa con la desmaterialización de la forma del contrato tradicional, pero en este caso para su presentación se utiliza ya no un lenguaje alfanumérico como en los anteriores, sino que para estos se utiliza lenguaje matemático y de programación...”⁽¹⁴⁾.

La tecnología *blockchain*, aunque ligada a los criptoactivos –en especial a *Bitcoin*–, desborda de modo notable sus fronteras. Al respecto se ha dicho que “... *blockchain* es una tecnología de registros descentralizados, que opera a través de una cadena de bloques y puede servir para múltiples propósitos, tales como sistemas de pagos, asientos contables, y para el caso que nos ocupa, el desarrollo de contratos inteligentes, entre otros”⁽¹⁵⁾. En igual sentido, se ha enfatizado que *blockchain* ha concretado dos aportaciones jurídicas disruptivas: la tokenización de activos y la contratación inteligente. La primera representa bienes, en *tokens* o fichas digitales, ampliando el tráfico y adicionando a la Internet de la información, la denominada Internet del valor. La segunda, hace posible la circulación de esos activos digitales⁽¹⁶⁾.

Estas formas más sofisticadas bajo las cuales comienza a operar –al menos en parte– el mercado del siglo XXI exige de un análisis cabal, reconociendo sus verdaderos alcances con miras a apreciar la evidente tensión en términos de tradición e innovación jurídica⁽¹⁷⁾.

II. Descripción de los contratos inteligentes

Los *smart contracts* –denominación atribuida al criptógrafo y jurista húngaro Nick Szabo–, o contratos inte-

ligentes, dan cuenta de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, el que se expresa en un programa informático y cuyo contenido se ejecuta de modo autónomo y automático⁽¹⁸⁾.

Se ha dicho que suponen “... trasponer el clausulado de un contrato expresado en lenguaje natural mediante el que se prometen determinadas prestaciones o se acuerdan determinadas mutaciones jurídicas si se producen ciertos eventos (un traspaso de propiedad de un activo si se cumple una determinada condición suspensiva, o si se efectúa una determinada contraprestación como el pago de un precio) en una serie de instrucciones que rigen el comportamiento de un sistema informático, es decir, convertir las cláusulas en programa, en una línea de código. De esta manera, la ejecución de las prestaciones acordadas en este llamado contrato inteligente no va a depender de la voluntad de las partes o del apoyo de los tribunales de un concreto Estado o de las interpretaciones de unos y otros, sino del determinismo o automatismo que rige la ejecución de un programa informático”⁽¹⁹⁾. Se predica de este modo la evolución del contrato celebrado por medios electrónicos al contrato autoejecutable⁽²⁰⁾, y se reconoce que la faz pura del *smart contract* ha sido pensada como un negocio en donde las partes solo participan en su perfeccionamiento, dado que su ejecución se encuentra automáticamente programada.

En cualquier caso, subyace como nota definitoria de la categoría la programación informática del contrato⁽²¹⁾, o una pluralidad de ellos, para que se agote en un momento determinado, o fluyan en el tiempo. Esto último parece lo usual, y esa es la razón por la cual el modelo se expande en pluralidad de sectores como la banca –*Fintech*– o los seguros –*Insurtech*–.

Con miras a delimitar los conceptos, algunos proponen diferenciar los contratos inteligentes de los llamados contratos legales inteligentes. El *smart contract* constituiría el “... código informático que se almacena, verifica y ejecuta dentro de una red *blockchain*”, y ese código informático es el soporte y expresión de los *smart legal contracts*, representativos del acuerdo existente que se pretende ejecutar de modo automático⁽²²⁾.

El distingo resulta valioso para determinar la significación jurídica de la que da cuenta este fenómeno, puesto que la nueva categoría viene a jugar un rol protagónico en sede de ejecución del contrato, en donde reposa su verdadera fortaleza.

Sin embargo, ello obliga a efectuar algunas complementaciones, a saber:

1) El contrato inteligente siempre requiere de un acuerdo, que podrá concretarse a través de los diferentes modos de expresión del consentimiento, incluso de comportamientos no declarativos. La figura rememora viejos debates habidos en la teoría jurídica. El tráfico de masas puso en discusión la aptitud del contrato para constituirse, al menos en algunos casos, como fuente de relaciones obligatorias. Karl Larenz sostuvo que, en el ámbito del transporte o de los servicios públicos, era predicable la existencia de una “... conducta social típica de relaciones jurídicas que intrínsecamente han de considerarse según el Derecho de las obligaciones, a pesar de que su nacimiento no exige la existencia de un contrato”⁽²³⁾. Más recientemente, en la contratación por medios informáticos se puso en entredicho la subsistencia del contrato como figura

⁽¹¹⁾ “Compraventa de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VI, pág. 461 y ss.

⁽¹²⁾ Ellas han avanzado en temas tales como: el soporte a través del cual debe efectivizarse la información (art. 4, segundo párrafo); las exigencias concretas para la identificación del oferente (art. 8, segundo párrafo); algunas pautas para satisfacer los estándares de incorporación de las cláusulas generales en los contratos por adhesión (art. 38); el registro de reclamos en los servicios públicos domiciliarios (art. 27), y el derecho del consumidor a la rescisión de los contratos de duración (art. 10 ter y quater).

⁽¹³⁾ Entre otras pueden citarse a las siguientes: N° 316/2018; N° 271/2020; N° 424/2020; 274/2021.

⁽¹⁴⁾ Sobre algunas de ellas existen valiosos estudios. Así, puede consultarse con provecho a GARZINO, M. Constanza, “El botón de arrepentimiento. La eficacia del derecho de revocación de la aceptación de la oferta en la contratación electrónica”, y a TAMBUSI, Carlos E., “Comentario a la Resolución N° 271/2020 de la Secretaría de Comercio de la Nación”. Ambos trabajos están publicados en la Revista de Derecho del Consumidor, Número 9, Diciembre 2020, y están disponibles en: https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&id_publicacion=166&idedicion=4186 (Consultado en fecha 7/08/2022).

⁽¹⁵⁾ VALENCIA RAMÍREZ, Juan Pablo, “Contratos inteligentes. Smart contracts”, Revista de Investigación en Tecnologías de la Información, Volumen 7, N° 14 (2019), pág. 5. Está disponible en: <https://doi.org/10.36825/RITI.07.14.001> (Consultado en fecha 7/08/2022).

⁽¹⁶⁾ PADILLA SÁNCHEZ, Jorge Alberto, “Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos”, Revista de Derecho Privado, N° 39, 2020, pág. 182.

⁽¹⁷⁾ GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, *Entender Blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 140.

⁽¹⁸⁾ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 37 y ss. Ver también dos valiosos estudios: ACCIARRI, Hugo A., “Smart contracts, criptomonedas y el Derecho”, La Ley 2019-B-1082, Cita Online: AR/DOC/1017/2019; y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Evolución y revolución del derecho privado (Conocer es comparar)”, en TOBIÁS, José W., *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2020, pág. 82 y ss. Asimismo, pueden consultarse los Suplementos sobre “Innovación & Derecho” publicados por Thomson Reuters-La Ley, bajo la Dirección de Demetrio Alejandro Chamatropulos.

⁽¹⁹⁾ PISANO DÍAZ, José, “Aproximación a la contratación inteligente: usos, retos y algunos aspectos legales”, en BUENO DE MATA, Federico (Dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (Coord.), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, Editorial Comares, Granada, 2019, pág. 491.

⁽²⁰⁾ GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, *Entender Blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, ob. cit., pág. 144.

⁽²¹⁾ SANTARELLI, Fulvio G., “Contratos autoejecutables. ‘Smart Contracts’”, en TOBIÁS, José W. (Director), *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, ob. cit., pág. 264 y ss.

⁽²²⁾ VEGA VEGA, José Antonio, “Instrumentos electrónicos de pago y smart contracts”, en BUENO DE MATA (Dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (Coord.), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., pág. 522.

⁽²³⁾ FETSAYAK, Ihor, “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, REDUR 18, diciembre 2020, pág. 207, disponible en: <http://doi.org/10.18172/rejur.4898> (Consultado en fecha 7/08/2022). Ver también a LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los smart contracts”, Revista de Derecho Civil, Vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018), trabajo accesible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320> (Consultado en fecha 7/08/2022).

⁽²⁴⁾ *Derecho de Obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 60.

que explica el vínculo celebrado por quienes se relacionan patrimonialmente sin dialogar⁽²⁴⁾, debate que aparece introducido en ocasión de los *smart contracts*, pero, tal como sucedió en otras oportunidades, ha prevalecido la tesis contractualista. Al respecto, Manuel González-Meneses afirma que "... el *smart contract* siempre es voluntario en su formación y puesta en vigor, y por tanto, atendiendo a este importante dato, sí parece correcto hablar de contrato, como relación y regulación que nace de un acuerdo de voluntades"⁽²⁵⁾.

Lo dicho no autoriza a pensar el fenómeno con un absoluto reduccionismo, que lo prive de las perspectivas innovadoras que presenta.

2) En fase de formación cobra relevancia el componente técnico del código informático, el respeto estricto a la buena fe y el cumplimiento de los deberes precontractuales, en especial los de seguridad e información, con todas las implicancias que ello supone⁽²⁶⁾.

Es importante recordar que "los contratos inteligentes no constituyen un tipo nuevo de contratos sino una forma diferente de contratar digitalmente, siendo su característica esencial que contienen un código que los autoejecuta paso por paso con independencia de órdenes dadas por personas humanas, sino que un algoritmo conteniendo un protocolo prefijado y autorizado en detalle por ambas partes en forma electrónica procede a cumplirlo, con las salvedades que el contrato prevea..."⁽²⁷⁾.

Por tal motivo, les resultan aplicables las reglas relativas a las diferentes modalidades de formación del consentimiento, entre las que sobresalen las propias de los contratos por adhesión⁽²⁸⁾.

3) En la etapa de ejecución se acepta que nada obsta a que, con mayor amplitud, pueda "... concebirse a un contrato mixto, en donde se encuentren cláusulas programáticas que den marco al software de ejecución, e inclusive se diseñen estrategias de flujo del contrato con precisa intervención humana de decisión"⁽²⁹⁾. Esto es muy frecuente porque los contratos inteligentes condicionan la fase de ejecución al cumplimiento de determinados sucesos, para cuya verificación "... es preciso que la *blockchain* tenga un contacto con el mundo real y una fuente de información para tal efecto, fuente que ha sido denominada oráculo. Los oráculos son programas, empresas o incluso personas naturales que transmiten información del mundo real a la *blockchain* para que los contratos inteligentes puedan ejecutarse"⁽³⁰⁾.

Para hacer frente a muchos de los requerimientos de los contratos inteligentes en fase de ejecución, puede acudir a los instrumentos flexibles y maleables que aporta la teoría general del contrato, entre los que pueden ser de utilidad los contratos de larga duración⁽³¹⁾, y el contrato marco⁽³²⁾. Así, en el ámbito de la doctrina comparada se ha ejemplificado con las dificultades que pueden presentarse con el precio en la ejecución de un contrato de suministro

que se vale de las ventajas de los *smart contracts*⁽³³⁾. El caso resulta apropiado, puesto que el suministro suele indicárselo como un ejemplo paradigmático de contrato marco⁽³⁴⁾, y el *smart contract* usualmente es pensado para la ejecución –bajo ciertas circunstancias– de una pluralidad de contratos de aplicación, en cuya globalidad vería satisfecha su finalidad⁽³⁵⁾. La situación resulta compatible con otras experiencias similares, en donde la figura del contrato marco ha sido utilizada para favorecer la contratación electrónica entre empresas, especialmente en el campo internacional⁽³⁶⁾.

Más complejas resultan las situaciones derivadas de sucesos extraordinarios e imprevisibles que impacten sobre el equilibrio contractual. Desde la perspectiva del derecho común de los contratos se ha señalado: "La realidad práctica demuestra que los intereses de las partes varían y los negocios se modifican con frecuencia para adaptarse a las nuevas situaciones. Para superar esta falta de flexibilidad se están buscando mecanismos que permitan la modificación de acuerdos introducidos en la cadena de bloques. En ese sentido, se está desarrollando una tecnología denominada 'cláusula inteligente' –*Smart Term*– que permite a las partes, mediando un nuevo consentimiento, acordar desde un inicio la posibilidad de modificar algunos términos y condiciones"⁽³⁷⁾.

III. Los contratos inteligentes y la protección del consumidor

La tecnología *blockchain* puede resultar un instrumento de valía al que pueden recurrir las empresas para mejorar sus prácticas de comercialización, evitar intermediaciones y reducir los costos de acceso a los productos y servicios. Por ejemplo, una importante cadena de supermercados creó en el año 2019 –para toda Europa– un programa alimentario con dicha tecnología, que tiene el fin de hacer transparente la trazabilidad de los alimentos, permitiendo a los consumidores conocer cada etapa de producción de aquellos que se venden en sus establecimientos⁽³⁸⁾.

Sin embargo, es evidente que el desarrollo de los contratos inteligentes a consecuencia de la expansión de *bloc-*

(33) FETSYAK, Ihor, "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", ob. cit., pág. 219.

(34) CASTILLO PARRILLA, José A., *El contrato marco de suministro. Un contrato flexiseguro*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Granada, 2018.

(35) A través del contrato marco se resuelven algunas dificultades conceptuales planteadas por la doctrina en cuanto a la voluntariedad en las relaciones continuadas articuladas a través de contratos inteligentes. Al respecto se ha dicho que "... hay o va a haber *smart contracts* que están automatizados también en su propia formación, sobre todo cuando se trata de empresas que tienen relaciones económicas continuadas y que son susceptibles de programación. De manera que en el marco de una relación continuada entre dos personas se están celebrando contratos singulares de forma automática con contenidos parametrizados. Se supone que en estos casos, aunque no interviene una voluntad humana para la formación de cada uno de esos contratos singulares, sí hay un acuerdo para el establecimiento de la relación marco y del código que rige la formación de esos contratos"; GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, "«Smart contracts»: ¿una economía sin derecho contractual?", ob. cit., pág. 82.

(36) En tal sentido se recuerda que la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, que informa al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), elaboró una "Guía de Implementación para la Facilitación del Comercio" (TFIG por sus siglas en inglés), con la contribución del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y los Negocios Electrónicos (CEFACT/ONU) y el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI). Es interesante observar que dicha Guía señala los beneficios que supone recurrir al contrato marco, al que asigna las ventajas de ahorrar tiempo y costos en la negociación de los contratos que habrán de darse en el futuro, y mejorar las relaciones de las partes en el contexto de la duración del vínculo ya constituido. La Guía tiene un plus. Brinda una definición de contrato marco. En ella se dice que "... son acuerdos entre uno o varios compradores y uno o varios proveedores que establecen los términos que regirán los contratos por un cierto periodo de tiempo, de manera particular con respecto al precio y cuando sea necesario, a la cantidad prevista. Pueden incluir otras condiciones repetitivas que se conozcan de antemano, como el lugar de entrega. También se les llama contratos de compra general y contratos marco de solicitud de pedidos. Se establecieron, fundamentalmente, para suministrar pedidos rápidos de mercancías de uso general en existencia adquiridos con base al precio más bajo. Ejemplos de tales mercancías son: consumibles, papelería, computadoras y software, y suministros farmacéuticos"; disponible en: <http://fig.unece.org/SP/contents/framework-agreements.htm> (Consultado en fecha 7/08/2022).

(37) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente; usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA (Dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (Coord.), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., pág. 496.

(38) FETSYAK, Ihor, "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", ob. cit., nota 20.

(24) Al respecto puede verse la amistosa disputa que comenzó con un aporte de IRTI, Natalino, "Scambi senza accordo", *Rivista Trimestrale di Diritto Civile*, 1998, pág. 347 y ss.; el que fue replicado por OPPO, Giorgio, "Disumanizzazione del contratto?", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLIV, N° 5, p. 525 y ss., 1998; y contestado por IRTI, Natalino, "È vero, ma... (Replica a Giorgio Oppò)", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLV, N° 2, p. 273 y ss., 1999. Una perspectiva global del fenómeno puede encontrarse en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 169.

(25) "«Smart contracts»: ¿una economía sin derecho contractual?", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado", pág. 82. La misma se encuentra disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/060-02-GONZALEZ-MENESES.pdf (Consultado en fecha 7/08/2022).

(26) VALENCIA RAMÍREZ, Juan Pablo, "Contratos inteligentes. Smart contracts", ob. cit., pág. 6, y FETSYAK, Ihor, "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", ob. cit., pág. 216 y ss.

(27) MARZORATI, Osvaldo, "Las nuevas tecnologías e el impacto de la venta on-line en los contratos frente al *Blockchain* y los contratos inteligentes", RDCO 297-859; disponible en La Ley Online: AR/DOC/1909/2019.

(28) Ver también a LEGERÉN-MOLINA, Antonio, "Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los smart contracts", ob. cit., pág. 236.

(29) SANTARELLI, Fulvio G., "Contratos autoejecutables. 'Smart Contracts'", en TOBIÁS, José W. (Dir.), *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, ob. cit., pág. 268.

(30) PADILLA SÁNCHEZ, Jorge Alberto, "Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos", ob. cit., pág. 196.

(31) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General. Tercera Edición ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.

(32) HERNÁNDEZ, Carlos A., *El contrato marco. Aportes desde una perspectiva transversal de la teoría del contrato*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2021.

kchain genera desafíos para la ciencia jurídica en general, y para el derecho del consumidor en particular, en especial por acentuar los fenómenos de despersonalización y automatización, lo que provoca una intensa disrupción que exige mayores esfuerzos para hacer efectivo el principio protectorio⁽³⁹⁾.

Existe consenso en cuanto a la necesidad de aplicar el sistema de protección del consumidor en la medida que se verifiquen los presupuestos de una relación de consumo⁽⁴⁰⁾, adaptando la tecnología jurídica a la nueva tecnología digital⁽⁴¹⁾.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión resulta más sencilla a partir de las amplias tipificaciones generales de las nociones de relación de consumo (art. 3, Ley de Defensa del Consumidor y art. 1092, Código Civil y Comercial), y especialmente, del contrato de consumo (art. 1093, Código Civil y Comercial).

En el derecho comparado hay quienes postulan reformas legislativas específicas⁽⁴²⁾. Desde nuestra perspectiva, creemos que las reglas y principios actualmente vigentes en nuestro régimen jurídico, como los de buena fe, protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja, respeto de la dignidad de la persona humana, antidiscriminatorio, prevención de riesgos, información y equiparación de derechos, entre otros⁽⁴³⁾, contribuyen a operar en un contexto de flexibilidad y eficacia. Más allá de lo dicho, estamos convencidos de que sería de gran utilidad la aprobación del Proyecto de Código del Consumidor –en alguna de las versiones que tienen trámite parlamentario y consenso de la comunidad académica–, debido a que atienden a la agenda del siglo XXI.

Para articular la protección es importante recordar que la finalidad objetiva de los contratos inteligentes reside en automatizar la fase de ejecución, razón por la cual en el período de formación es imperioso potenciar los estándares de información, y los controles de incorporación y contenido del clausulado, que habrán de volcarse en lenguaje digital⁽⁴⁴⁾. En tal sentido, se ha reclamado la necesidad de incrementar "... las medidas de refuerzo complementarias del asentimiento informado en los *Smart contracts*, que permitan una comprensión más dinámica y accesible del funcionamiento y operatoria del contrato"⁽⁴⁵⁾.

En esta área negocial debe jerarquizarse el horizonte de transparencia⁽⁴⁶⁾, siguiendo otras experiencias equiva-

lentes, como la que el Código Civil y Comercial explicitó para los contratos bancarios, ámbito en donde consagró reglas generales de transparencia (art. 1378), profundizadas respecto de los usuarios y consumidores (art. 1384). Quien pretende comercializar a través de contratos inteligentes ha de ser consciente de que las ventajas que obtiene por la utilización del medio digital no pueden ser a costa de los derechos de los consumidores.

Por razones similares, en fase de ejecución, como propone Fulvio Santarelli, "... para los contratos de adhesión y de consumo, parece recomendable –cuando no necesarios– concebir protocolos de intervención de las partes a lo largo de su ejecución; en particular en lo concerniente a aprobar 'rendiciones de cuentas', confirmar saldos; máxime en situaciones en las cuales el sistema ordena la reasignación de montos de dinero, interrupción del uso de la cosa; su desplazamiento, etc. Se trata de evitar situaciones que el derecho suele mirar con desconfianza, tales como la 'autoliquidación' de deuda y su pertinente ejecución de la garantía"⁽⁴⁷⁾.

La necesidad de compatibilizar estas tecnologías con los derechos de los consumidores exige que los proveedores adopten mecanismos que los garanticen. Una situación especial se presenta con el derecho de arrepentimiento propio de los contratos a distancia, cuya operatividad colisiona con la rigidez de la cadena de bloques, propia de *blockchain*. Por ello, con miras a adecuar la tecnología jurídica a los requerimientos digitales se ha propuesto, por ejemplo, que la prestación dineraria a cargo del consumidor quede alojada en la cuenta o domicilio del *smart contract* durante el plazo legal en que resulta posible el ejercicio de dicha facultad⁽⁴⁸⁾.

Estos motivos, y otros no desarrollados en este trabajo, hacen imperioso intensificar las investigaciones sobre esta figura, a la que tan solo hemos delineado, de conformidad a los límites de este suplemento.

IV. Reflexiones conclusivas

Hace más de cuatro décadas se publicó en España un valioso ensayo de Luis Díez-Picazo titulado *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*. Su epílogo señalaba: "Algo nos dice que la vida es más fuerte que las construcciones mentales y que la vida se llevó por delante al Derecho tradicional"⁽⁴⁹⁾. La afirmación, que importaba una cruda descripción de la realidad circundante a ese tiempo histórico, lejos de desmentirse se ha profundizado, asistiéndose en la actualidad a transformaciones aún más profundas, que exigen una revisión conceptual y metodológica de la ciencia jurídica.

En el derecho del consumidor los cambios con los cuales se desarrolla el mercado, al influjo de la tecnología, interpelan con miras a resguardar los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de los consumidores. Allí reside parte de los desafíos actuales.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

(39) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente; usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA (Dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (Coord.), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., pág. 497.

(40) *Ibidem*, pág. 212. Ver también a CASTELLANO GARCÍA, Adoración, "Conceptualización de los contratos inteligentes o auto-ejecutables basados en la tecnología blockchain y su encuadre en el ordenamiento jurídico español", *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 21, 2021, pág. 28, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/594079> (Consultado en fecha 7/08/2022).

(41) ACCIARRI, Hugo A., "Smart contracts, criptomonedas y el Derecho", ob. cit.

(42) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente; usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA (Dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (Coord.), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., pág. 497. Algunos ordenamientos comparados han avanzado en tal sentido, tal como ocurre con algunos Estados Federados de los Estados Unidos de América. Sobre el particular puede verse a FETSYAK, Ihor, "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", ob. cit., pág. 227.

(43) Estos han sido consagrados en el MERCOSUR en la Resolución GMC N° 36/19, receptada por nuestro país a través de la Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo.

(44) FETSYAK, Ihor, "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", ob. cit., pág. 216.

(45) FALIERO, Johanna Caterina en BAROCELLI, Sergio Sebastián - TORRES SALOMÉ, Natalia Eva, *La protección de los consumidores en el entorno digital*, El Derecho, Buenos Aires, 2021, pág. 148.

(46) En la misma orientación se alude a la necesidad de respetar una "transparencia informativa transaccional"; ver también a FALIERO, Johanna Caterina en BAROCELLI, Sergio Sebastián - TORRES SALOMÉ, Natalia Eva, *La protección de los consumidores en el entorno digital*, ob. cit., pág. 147.

(47) SANTARELLI, Fulvio, "Contratos autoejecutables: smart contracts", en TOBIÁS, José W. (Dir.), *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, ob. cit., pág. 271.

(48) FETSYAK, Ihor, "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", ob. cit., pág. 222.

(49) 2ª edición, Madrid, Cuadernos Civitas, 1987. La primera edición data de 1979.

Los entornos digitales y la figura del prosumidor

por MARCELO QUAGLIA^(*)

Sumario: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. – II. LOS LLAMADOS “ENTORNOS DIGITALES”. – III. LA FIGURA DEL “PROSUMIDOR”. – IV. LA PARTICULAR CONDICIÓN DEL PROSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL. – V. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE CALIFICAR AL PROSUMIDOR COMO HIPERVULNERABLE. V.A) LA TUTELA AL HIPERVULNERABLE COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE CONSUMO. V.B) EXIGENTES DE RESPONSABILIDAD. – VI. OTROS ARGUMENTOS QUE IMPONEN RESPONSABILIZAR AL PROVEEDOR POR LOS HECHOS DEL PROSUMIDOR. – VII. A MODO DE REFLEXIONES FINALES.

I. A modo de introducción

En el mes de septiembre del corriente año se desarrollarán en la provincia de Mendoza las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁽¹⁾, encuentro que calificada doctrina considera uno de los eventos jurídicos periódicos más importantes sobre la materia⁽²⁾.

Es así que, como ya han reseñado mejores voces, probablemente sea innecesario explicar la importancia de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a quien haya asistido a alguna de sus ediciones⁽³⁾. En ellas se busca abordar, plantear y evidenciar los problemas diarios de la sociedad argentina de cada época, problemas con que nos enfrentamos todos y cada uno de nosotros, resultando enriquecedor el análisis que se desarrolla durante el debate entre amigos y, más aún, las conclusiones relevantes a las que se arriba, muchas veces adoptadas posteriormente por los jueces y/o tomadas como iniciativa para los legisladores en sus proyectos y propuestas.

En el marco de este trabajo buscaremos circunscribirnos a la temática elegida por la Comisión Nro. 5 vinculada al Derecho de los Consumidores, cuyo tópico de encuentro será: “Principios del Derecho del Consumidor. Proyección en las relaciones de consumo en entornos digitales”.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUINAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Juez Civil y Comercial; Profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Civiles y Comerciales Parte General y Especial (UCA); Magíster en Derecho Empresarial (Universidad Austral); Especialista en Derecho de Daños (UCA); Director en la carrera de Especialización en la Magistratura (UCA); Miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor.

(1) <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/institucional>

(2) Así, por ejemplo, GASTALDI, José María, “El álea en los contratos”, p. 1, La Ley, 22/9/2005; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Influencia de las Jornadas Nacionales en la legislación argentina”, Buenos Aires, 1987, etc.

(3) <https://jndcbahia Blanca2015.com/?cat=1> (ACCIARRI, Hugo A. –Presidente de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Bahía Blanca–, 2015).

En las siguientes líneas pretendemos compartir algunas reflexiones vinculadas con una de las cuestiones que aborda esta interesante temática, buscando simplemente generar en el lector preguntas, inquietudes y quizás lograr comenzar algún debate que pueda, con suerte, ser trasladado al seno de este encuentro científico para el enriquecimiento de todos y la búsqueda de soluciones más justas. Pasemos entonces al análisis.

II. Los llamados “entornos digitales”

Cabe en primer lugar ponderar la amplitud de la referencia elegida por las Autoridades de las Jornadas a los fines de proponer el tema a debatir: el término “entornos digitales”.

A través de dicha concepción se procura referir a la digitalización que se da de nuestras vidas cotidianas, donde se trabajaba, estudia, ejercita, consulta al médico, festeja cumpleaños, juega y hasta se despide por última vez de un ser querido en el *smartphone*, la tableta o la computadora⁽⁴⁾. Naturalmente el fenómeno no es reciente, pero las diferentes medidas de confinamiento que debimos adoptar durante la pandemia han acelerado el proceso a través del cual se han transferido varios aspectos de nuestra vida cotidiana a las pantallas: “la vida no se detuvo, se trasladó a un lugar diferente”⁽⁵⁾.

Con esta primera reflexión pretendemos significar que el concepto elegido supera ampliamente, aunque lo comprende, el ámbito del llamado “comercio electrónico”⁽⁶⁾. De esta forma, en el mismo no solo se tutelarán los intereses económicos de los consumidores, sino también otros bienes de igual o mayor jerarquía (su integridad física, salud, el trato digno y equitativo del que debe ser objeto, la no discriminación, etc.).

Y, siendo el entorno digital un ámbito construido y habitado por personas, muchas veces presentará los mismos problemas que el mundo físico, suscitará nuevos interrogantes⁽⁷⁾, o logrará una conjunción de ambos (no será inusual que los entornos digital y físico interactúen o desarrollen actividades en conjunto, por ejemplo, una determinada protesta debido a alguna actividad puntual podrá desarrollarse tanto en las calles como en forma virtual).

Ante dichas situaciones, muchas veces podrá resultar plausible recurrir (a veces por analogía) a las mismas soluciones a las que se arriba en el entorno físico. Sin embargo, en otras oportunidades las similitudes no admitirán tal posibilidad, ya que determinadas particularidades demandarán una respuesta diferente o más específica, re-ceptando las particularidades de la cuestión y, en su caso, reformulando las soluciones⁽⁸⁾. En este ámbito es donde

(4) BOCZKOWSKI, Pablo J. - MITCHELSTEIN, Eugenia, “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The MIT Press, 2021.

(5) BOCZKOWSKI, Pablo J. - MITCHELSTEIN, Eugenia, “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The MIT Press, 2021.

(6) Justamente, y debido a la situación de pandemia sufrida, el comercio electrónico se incrementó notablemente en nuestro país. Adviértase, a mero título ejemplificativo, que conforme los estudios publicados por la Cámara Argentina de Comercio Electrónico durante el 2020 la facturación de comercio electrónico creció un 124% en Argentina, alcanzando la suma de \$905.143 millones y abarcando 250 millones de productos, lo que representa un 72% más que el año anterior (<https://www.cace.org.ar/estadisticas>).

(7) A mero título enunciativo podrán advertirse: a) cuestiones de género (como la violencia de género en entornos digitales o la brecha digital de género existente en algunos países –<https://es.unesco.org/news/cerrar-brecha-digital-genero-hackaton-ia-organizado-microsoft-desarrolla-competencias-digitales->); b) igualdad (especialmente en materia de accesibilidad en el aprendizaje digital inclusivo –<https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/es/portal/educacion-inclusiva-superar-las-barreras-de-la-tecnologia->); c) vulnerabilidad e hipervulnerabilidad; d) abuso de posiciones dominantes; e) tecnologías persuasivas; f) neurociencias y un largo etcétera.

Al respecto pueden consultarse, entre otros, FRUSTAGLI, Sandra A., “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, SJA 14/07/2021, 19; SOBRINO, Waldo, “Neurociencias y Derecho”, LA LEY, 2019-D, 1070, SJA 06/05/2020, 15, y QUAGLIA, Marcelo C., “Publicidad 4.0: posibles respuestas del régimen jurídico”, SJA 22/09/2021, 3 y “Realidades de la industria 4.0: vulnerabilidad y publicidad”, La Ley 22/10/2021, p. 1.

(8) Por ejemplo, en el ámbito del metaverso una persona humana puede elegir configurar su avatar de otro género o raza y, por tanto, ser discriminada (no la persona sino su avatar) (AGUDELO PINEROS,

será necesario recurrir a principios o reglas más amplios y adaptables al caso⁽⁹⁾.

Dentro de este amplio espectro enunciado intentaremos delinear algunas ideas vinculadas con la presencia de un prosumidor⁽¹⁰⁾ en el ámbito de un entorno digital.

III. La figura del “prosumidor”

El término prosumidor es un acrónimo formado por la fusión de las palabras *productor* (o profesional o proveedor) y *consumidor*⁽¹¹⁾ y, si bien es pasible de más de un significado⁽¹²⁾, en el presente contexto lo caracterizaremos como un consumidor que realiza una actividad que agrega valor al bien o al servicio que está recibiendo, valor que no conlleva *per se* una transacción monetaria pero que, en algunas situaciones, implica una detracción de los costos de producción o de los recursos que el proveedor debía brindar al mercado.

Baste como ejemplo de la situación reseñada la adquisición de muebles cuyo armado se traslada al comprador. Imponer esa tarea al consumidor (hoy prosumidor) no solo permite un *packaging* más económico, sino que además excluye de la cadena de comercialización a una persona (a cargo del proveedor) que los arme para entregarlos (o, en su defecto, brindar a esa persona a un mayor costo).

Ya adentrándonos en el contexto de los entornos digitales varias veces pueden evidenciarse situaciones que conlleven que el consumidor pase a desempeñar el rol de prosumidor, por ejemplo, en el caso de numerosos servicios técnicos, los cuales asisten al propio consumidor de manera remota, siendo este quien debe solucionar inconvenientes puntuales de sus computadoras personales, televisores inteligentes o celulares. Otro supuesto se evidencia cuando el consumidor califica determinados bienes o servicios en plataformas digitales, permitiendo así que otros consumidores revisen los comentarios, sugerencias y/o recomendaciones⁽¹³⁾, muchas veces promocionando de esta forma el bien o el servicio que el proveedor ofrece⁽¹⁴⁾. También puede evidenciarse la situación al contratar en forma virtual un viaje, donde las funciones que antes de-

bía desplegar el agente de viajes hoy son asumidas por el adquirente del servicio: es este quien debe completar sus datos para volcarlos en pasajes⁽¹⁵⁾, controlar las exigencias de ingreso al país al que pretende ir, o en el caso de la pandemia, la documentación que se solicitará para trasladarse de una provincia a otra, etc.

De esta forma, a través de la figura del prosumidor, el proveedor delega o terceriza en el consumidor tareas que le son propias e inherentes a su función (vinculada con el servicio que presta o el bien que comercializa). Es así como las actividades que otrora llevaba a cabo el profesional especializado hoy son desarrolladas por el profano, quien usualmente no ha sido debidamente capacitado a los fines de llevarlas a cabo.

Ahora bien, la figura se evidencia como una herramienta especialmente útil en el contexto de los mercados digitales; sin embargo, como herramienta que es, puede resultar necesario en determinadas situaciones adaptarla a un uso adecuado o reencauzarla a fin de arribar a una solución justa ante el potencial o concreto conflicto que se genere.

Como beneficios puede enunciarse el ahorro que genera para el proveedor incorporar determinada actividad del consumidor en su proceso (el cual muchas veces se ve también beneficiado⁽¹⁶⁾), ahorro que debería trasladarse a los costos. Asimismo, la circunstancia de ser el mismo consumidor quien asume dichos roles implica una mejora en la inmediatez y la celeridad con que recibe ciertos bienes o servicios (tal es la situación que se evidencia en la atención remota de ciertos servicios técnicos: muchas veces le resulta dificultoso al proveedor llegar a determinados lugares, o el consumidor debe solicitar turnos y esperar el *service*, todo ello se subsana con un llamado o un chat que lo asiste remotamente).

Sin perjuicio de los interesantes beneficios que se detallan, el traslado de determinadas acciones al ámbito de un neófito en la materia puede implicar el incremento de errores o la generación de mayores inconvenientes en la operación que se desarrolle, simplemente debido a la inexperiencia del usuario devenido en proveedor (o al menos en colaborador de este).

La cuestión en este punto nos lleva a un primer interrogante: ¿quién debe asumir esos errores? ¿A cargo de quién deben pesar los costos que se generan con fundamento en las inconductas conformadas?

IV. La particular condición del prosumidor en el entorno digital

No dudamos en considerar que el prosumidor, a pesar de las actividades que se le imponen, no pierde su calidad de consumidor.

A partir de dicho razonamiento corresponde recordar que todo consumidor se presenta como un sujeto estructuralmente vulnerable en su relación con el proveedor⁽¹⁷⁾, condición que cuenta hoy con un expreso reconocimiento normativo⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, a la referida vulnerabilidad propia de la génesis de toda relación de consumo (vulnerabilidad genética) pueden adicionarse otros factores o elementos que incrementan o agravan dicha vulnerabilidad (vulnerabilidades funcionales). En el caso en análisis advertimos como vulnerabilidades funcionales la utilización de entor-

Catalina, “La sociedad de los avatares: Videojuegos, representación y discriminación”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Sociales, Maestría en Estudios Culturales, Bogotá, 2014 –<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/13464>–).

(9) De allí la referencia de la comisión a “Principios del Derecho del Consumidor. Proyección en las relaciones de consumo en entornos digitales”.

(10) Alvin TOFFLER acuña el término en su obra *La tercera ola*, Plaza & Janés Editores, 1995 y, si bien la edición original en inglés es de 1980, ya había referido al fenómeno con anterioridad (*El shock del futuro*, Plaza & Janés Editores, 1973 –edición original en inglés de 1970–).

(11) <https://www.fundeu.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>.

(12) El término admite diversas acepciones, tales como “un consumidor que participa en el proceso de diseño de los servicios o productos consumidos y que ha encontrado en el mercado digital el ambiente perfecto para desarrollarse. Además, es aquel que puede emitir una opinión sobre tu empresa en la red e influenciar positiva o negativamente a otras personas de acuerdo con su experiencia con tu marca” (<https://www.zendesk.com.mx/blog/que-es-prosumidor/>) o persona que actúa fuera del marco profesional, aunque volcando al mercado lo que le excede o no consume (GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto [dir.], *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, p. 74).

(13) Resulta relevante, dentro de esta concepción que le damos al prosumidor, diferenciarlo del llamado *influencer*.

El *influencer* es, en principio, una persona humana que tiene un grupo de seguidores en redes sociales, quienes escuchan sus mensajes y recomendaciones (MARHABA, Débora - BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los *influencers* como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, LL 13/07/20202, 10 TR LALEY AR/DOC/1926/2020), influenciando de esta forma en compradores potenciales y que los proveedores contratan para que recomienden productos o realicen emplazamientos publicitarios (https://es.wikipedia.org/wiki/Mercadotecnia_influente). El prosumidor (en la amplia concepción que referimos agrega valor a la cadena brindando su opinión, la que es relevante estadísticamente (en su cantidad) y no por su persona propiamente dicha (vg., calificaciones de proveedores en plataformas), además de ser brindada sin que medie una contratación del proveedor debido a sus calidades personales.

Aclaremos que el *influencer* es, en principio, una persona humana porque actualmente se evidencia la configuración de robots/inteligencias artificiales que se desempeñan como *influencers* (<https://neubox.com/blog/los-5-robots-mas-populares-que-trabajan-como-influencers/>), cuestión que por razones de espacio y capacidad omitimos debatir en estas líneas.

(14) La primera de las 95 tesis del Manifiesto Cluetrain asevera que los mercados son conversaciones (la obra es un llamado a la acción para que las empresas que operan en internet se adapten a este nuevo mercado) (LEVINE, Rick - LOCKE, Christopher - SEARLS, Doc - WEINBERGER, David, *El Manifiesto Cluetrain. El ocaso de la empresa convencional*, Ed. Deusto, 1999).

(15) El particular ejemplo enunciado, ante un error del prosumidor al volcar la información (por ejemplo, en un ticket aéreo), cuenta hoy con una solución concreta en el marco del art. 5 de la Res. Mercosur 37/2019 sobre Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico (internalizada en nuestro derecho a través de la Resolución SCI 270/2020), en ella se dispone que el proveedor debe otorgar al consumidor los medios técnicos para el conocimiento y la corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción. Sin embargo, pueden plantearse otras vicisitudes donde las normas no presenten una solución tan específica o concreta.

(16) Así, por ejemplo, el efectuar un número determinado de calificaciones en ciertas plataformas le puede permitir al consumidor acceder a ciertos beneficios y/o descuentos, todo lo cual no desdibuja su condición de consumidor.

(17) Destaca en este aspecto Garzino que la noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de este frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios positivos (GARZINO, M. Constanza, “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf)).

(18) Así lo determina la Res. Mercosur 36/2019 (art. 1), ratificada en nuestro derecho interno por la Resolución SCI 310/2020.

nos digitales⁽¹⁹⁾ (recordemos que para parte de la doctrina la condición de consumidor digital implica *per se* la calidad de hipervulnerable⁽²⁰⁾) y la condición de prosumidor del consumidor (asumiendo un rol –a veces hasta preponderante y para el cual usualmente no se lo ha calificado o instruido– dentro de la cadena de valor).

De esta forma, el agravamiento de la vulnerabilidad genética del consumidor a través de la imposición de determinadas vulnerabilidades funcionales (a veces impuestas y otras ofrecidas por el proveedor) conllevarán, salvo prueba en contrario a cargo de este último, calificar al primero como hipervulnerable, calificación que conllevará determinadas implicancias y/o consecuencias jurídicas.

En efecto, sin pretender ahondar en el concepto de hipervulnerabilidad (que ha sido tratado por numerosas y mejores voces), cabe considerarse que es calificado como tal el sujeto (consumidor) cuya situación de vulnerabilidad se ve acentuada o incrementada debido a su condición o particular situación de hecho o derecho⁽²¹⁾, supuesto que claramente se condice con el del prosumidor que interactúa en “entornos digitales”.

Destaca Carlos Hernández que, en el ámbito de nuestra doctrina, la cuestión no es nueva. Atilio A. Alterini precisaba con acierto que “la Constitución Nacional se ocupa de los débiles o vulnerables en su art. 75 inc. 23, que asigna competencia al Congreso para ‘Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad’”⁽²²⁾.

Vinculado con el tema que nos ocupa puede advertirse lo enunciado, por ejemplo, en el caso de la operatoria de homebanking, donde las tareas que desarrollaba otrora el llamado “cajero humano” hoy son realizadas por el mismo consumidor a través de la web o del cajero automático, incurriendo a veces en errores, brindando inapropiadamente su información a terceros, etc.

A mayor abundamiento cabe destacar que, como lo ha hecho la jurisprudencia, un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de forma remota es naturalmente una cosa riesgosa⁽²³⁾, circunstancia que impone una diligencia aun mayor por parte del proveedor que sugiere (o impone) al consumidor operar a través de estos medios.

Ante dichas situaciones, y ponderando especialmente la especial situación en la que se encuentra el prosumidor no cabe sino concluir que es el “verdadero” proveedor quien debe asumir los riesgos y costos que se configuren debido a las conductas o inconductas que desarrolle el prosumidor. En dicha línea ya se han pronunciado, ante el planteo de medidas cautelares tendientes a evitar el cobro de créditos otorgados aparentemente en forma indebida, varios tribunales⁽²⁴⁾.

(19) Así lo destaca BAROCELLI, Sergio Sebastián en “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales”, en Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 7.

(20) MENDIETA, Ezequiel, “Reconocimiento judicial de la categoría de consumidor hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXX-VI26 y “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo ‘Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor’”, Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXIII100.

(21) Determina la Resolución 139/2020 de la SCI en su art. 1 que “se considera consumidores hipervulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”. Asimismo, la norma extiende el concepto a las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en la enunciación precedente.

(22) “La debilidad jurídica”, inédito. Citado por HERNÁNDEZ, Carlos A., “La tutela de la dignidad de los consumidores hipervulnerables. A propósito de la respuesta judicial frente a las consecuencias del abuso sexual padecido por una niña en un establecimiento educativo”, RCyS 2021-I, 91.

(23) CNCCom., sala A, “Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, Id SAIJ: FA08971926.

(24) Baste en este punto referir a la Resolución 802 del 9 de agosto de 2021 librada por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 14va. Nominación de Rosario (recurrida), en la que se plantea que el demandado, a través de la llamada bancarización digital, traslada funciones y prestaciones propias de su ámbito al ámbito de sus clientes.

Y si bien varios son los argumentos jurídicos en los que podemos sustentar esta posición, nos limitaremos a analizar brevemente algunos de los vinculados a la condición de hipervulnerable del prosumidor y, posteriormente, enunciar simplemente otros más generales.

V. Algunas consecuencias de calificar al prosumidor como hipervulnerable⁽²⁵⁾

El hecho de que el prosumidor revista la especial calidad de hipervulnerable conlleva una serie de relevantes y significativas consecuencias en el marco de la relación de consumo. Procuraremos seguidamente enunciar dos de las que consideramos más relevantes.

V.a) La tutela al hipervulnerable como principio fundamental del derecho de consumo

Conforme la Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior se ha internalizado en nuestro derecho la Resolución 36/2019 del Grupo Mercado Común, norma que enuncia varios de los principios fundamentales en materia de tutela de los consumidores y usuarios. Dentro de estos debemos destacar el de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja.

Dicho criterio se sustenta a nivel universal, pudiendo remitirnos a la Regla 5.b) de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor que entre sus “Principios” impone “La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja”.

De esta forma se advierte que la configuración de un hipervulnerable dentro de la relación de consumo demanda una especial atención por parte de los operadores jurídicos, extremando los esfuerzos por lograr una solución justa en el caso concreto y, dada la condición de principio fundamental del derecho del consumo, dicha regla no solo deberá aplicarse en el marco de la relación de consumo, sino también en el caso de que se inicie un procedimiento administrativo y/o un proceso judicial.

Así, dicha exigencia de tutela especial se ve reflejada, por ejemplo, en cuestiones concretas en la Res. Mercosur 11/2021 (incorporada a nuestro régimen por la Resolución 1015/2021) donde no solo se recepta el concepto de hipervulnerable, sino que además se disponen las medidas básicas que los Estados parte deben adoptar a los fines del amparo de esta categoría, entre ellas numerosos recaudos vinculados a favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de los consumidores hipervulnerables (art. 3 inc. a); eliminar o mitigar obstáculos en el acceso a la justicia de los consumidores hipervulnerables (art. 3 inc. b); adecuar los procedimientos administrativos o judiciales para el pleno ejercicio de derechos de los consumidores hipervulnerables (art. 3 inc. d); etc.⁽²⁶⁾.

En esta misma línea, la jurisprudencia ya ha admitido la exigencia de un incremento en la protección o tutela ante la configuración de situaciones de vulnerabilidad agravada⁽²⁷⁾, destacando que la conceptualización del derecho como justicia y equidad impone al tribunal la necesidad de afirmar que valores tales como la salud y la vida están por encima de todo criterio económico (en el caso se refería a una persona enferma que una obra social no quería atender⁽²⁸⁾).

V.b) Eximentes de responsabilidad

Si bien la calificación del consumidor como hipervulnerable conlleva numerosos efectos (vg., incremento del

(25) La mayor parte de este capítulo ha sido adaptado de un trabajo que he desarrollado en coautoría con el querido colega José SAHIAN, titulado “Desafíos que nos impone la tutela del consumidor en el marco del proceso”, actualmente inédito.

(26) Cabe advertir que, en una interesante posición, autores como Ezequiel Mendieta, con fundamento en el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional, consideran que las resoluciones del Mercosur tienen jerarquía superior a las leyes (MENDIETA, Ezequiel, “La resolución 11/2021 del MERCOSUR y su incorporación al Ordenamiento Jurídico Argentino”, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 26).

(27) Entre otros CNCiv., Sala M, 01/07/2020; “A., C. H. y otros c. F. E. s/ daños y perjuicios”, TR LALEY AR/JUR/29469/2020 y CNCiv., Sala A, 21/11/2012, “R. F. c. Parque de la Costa s. Daños y Perjuicios”, con especial referencia al voto del Dr. Sebastián Picasso, RCyS 2013-II, 183, Cita online: AR/JUR/63681/2012.

(28) CSJN, “E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios”, 13/03/2001, Considerando 13, Fallos 324:677.

Ver también SCJ Mendoza, “Bloise de Tucci, Cristina c/ Supermercado Makro S.A.”, 26/07/2002, La Ley Gran Cuyo, 2002-726 (supuesto en que se ampara a un adulto mayor).

deber de prevención o mitigación del daño⁽²⁹⁾, incremento del deber de colaboración probatoria por parte del proveedor⁽³⁰⁾, necesidad de utilización del llamado lenguaje claro⁽³¹⁾, flexibilización del principio de congruencia⁽³²⁾, etc.), nos limitaremos en este acápite a analizar su vinculación o relacionamiento con los eximentes de responsabilidad del proveedor.

Y es que, al trasladar el proveedor parte de las actividades desarrolladas en el “entorno digital” en cabeza del prosumidor/hipervulnerable, naturalmente ante la configuración de daños, y ponderando que usualmente la responsabilidad en el ámbito del consumo es de naturaleza objetiva, pretenderá alegar como eximente el hecho de la propia víctima y/o de un tercero por el cual no deba responder.

Son muchos los ejemplos en los que la jurisprudencia, ponderando la condición de hipervulnerable del consumidor dañado morigeró (admitiendo concausas o concurrencias) o incluso desestimó las eximentes planteadas. Así se resolvió un caso en el que un niño sufrió un accidente en un juego de un parque de diversiones. La sentencia de primera instancia había exonerado en un 60% la responsabilidad de la empresa demandada (por culpa de la víctima). Mientras que la Cámara decidió responsabilizarla en un 100%. Señaló, en sus fundamentos, que “cuando se está ante víctimas en situación de vulnerabilidad, se verifica una tendencia a exigir, para que proceda la exoneración, una culpa calificada del dañado, como una forma de aumentar su protección. Lo que equivale ‘a exigir una culpa grave del consumidor o usuario, para que ella pueda tener relevancia causal’”⁽³³⁾. Es decir, el consumidor hipervulnerable goza de un estándar mayor que el resto de los consumidores para que su accionar pueda activar el eximente de responsabilidad del proveedor.

De hecho, nuestra jurisprudencia, en casos de daños sufridos por niños en centros recreativos, ha empleado un estándar tan exigente que deviene casi equiparable a una irrelevancia de la eventual culpa del usuario, en el entendimiento de que un niño es un hipervulnerable⁽³⁴⁾.

Esto significa que en la configuración de la eximente “hecho del consumidor”, para relevar de responsabilidad al proveedor, el operador jurídico debe tener en cuenta si se trata o no de un hipervulnerable, en cuyo caso el parámetro de valoración será distinto.

Algo semejante se zanjó ya en la paradigmática sentencia “Bloise de Tucchi”⁽³⁵⁾. En el conocido caso, una mujer de 73 años que fue aprisionada por las puertas automáticas de un supermercado cayó al suelo y sufrió fractura de hemicadera izquierda. El accidente se produjo cuando la víctima ingresaba al establecimiento, inadvertidamente, a través de la puerta que correspondía a la salida, que se encontraba abierta, cuyos sensores se encontraban del lado opuesto. El supermercado fue responsabilizado con

(29) A mero título ejemplificativo puede destacarse que la última parte del art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA subraya la preeminencia del principio de prevención, especialmente cuando se traten de “consumidores hipervulnerables”, para lo que se conecta aquel dispositivo con los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial (CCyC).

(30) El art. 4 de la Resolución SCI 139/2020 determina, para el procedimiento administrativo nacional, que en caso de “hipervulnerabilidad” media exigencia de acentuar el deber de colaboración probatoria.

(31) El segundo párrafo del art. 171 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (Expte. 5156-D-2020) dispone que en la notificación debe utilizarse lenguaje claro y accesible a los consumidores, en especial a los consumidores hipervulnerables. Ello deviene con teste con lo actualmente reglado en el art. 4 de la Resolución SCI 139/2020 ya aludida.

(32) “Al dictar sentencia el juez resolverá en base a las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables, con los alcances de los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación” (art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA).

(33) CNCiv., Sala A, 21/11/2012, “R., F. y otro c/Parque de la Costa S.A. s/Daños y perjuicios”, RCyS 2013 II, 183.

(34) CNCiv., Sala M, 7/3/2012, “Pazzaglini, Carlos Ariel R. c/ Buenos Aires Entretenimientos S.A. F1 Kart y otro s/Daños y perjuicios”, II 2012-E, 239; RCyS 2012-X, 111. CCiv. y Com. Morón, Sala II, 26/4/2011, “Boeiro, Olga B. c/ Cenconsud S.A. s/Daños y perjuicios”, AR/JUR/12218/2011, entre otros.

(35) CSJ Mendoza, “Bloise de Tucchi Cristina c/ Supermercados Makro S.A.”, del 26/07/2002, voto de la distinguida Aída Kemelmaier de Carlucci.

base en la necesidad de que el deber de información sea agravado en casos de personas vulnerables.

En los supuestos que planteamos (prosumidor en “entornos digitales”) no debe dejar de ponderarse que es el propio proveedor quien ha colocado o impuesto la situación que genera la supuesta interrupción del nexo de causalidad que demanda el eximente de responsabilidad objetiva, ello al imponerle al consumidor el desarrollo de una serie de tareas que originariamente no le eran imputadas y para las que no está naturalmente capacitado o instruido. Cobra de esta forma relevancia (como veremos *infra*) la ausencia de información adecuada con que pueda contar el prosumidor (arg. art. 1107, CCyC).

De esta forma, la posterior pretensión del proveedor de liberarse de responsabilidad alegando tanto el hecho de la víctima como el de un tercero (vg. en los llamados casos de *phishing*) deviene en principio impracticable, dado que ha sido su previa conducta la que colocó al consumidor/prosumidor en la posición que desencadenó el daño sufrido.

VI. Otros argumentos que imponen responsabilizar al proveedor por los hechos del prosumidor⁽³⁶⁾

Más allá de lo reseñado, consideramos que existen también otros argumentos de peso que imponen al proveedor responsabilizarse por los daños que sufre el prosumidor en el marco de la relación entablada. Veamos algunos de ellos:

a) En primer término, no debemos olvidar que el proveedor no está haciendo otra cosa que “tercerizar” (con la particularidad de que el que lleva adelante la tarea no es un tercero, sino el mismo consumidor) funciones y actividades que son propias de su proceso de producción.

En esta línea, resulta a nuestro entender indudable que es este quien debe asumir los riesgos que se producen al recurrir a esta especie de tercerización en la provisión de bienes o prestación de servicios, especialmente porque es el mismo proveedor quien indica al cliente la forma y modo de proceder, siendo el primero quien detenta la calidad de profesional en la materia.

b) Cabe en este punto destacar que usualmente se impone (sin brindar otras opciones) o recomienda al prosumidor que desarrolle esas actividades, a veces con una insistencia inusitada.

En esta línea se advierten campañas publicitarias en las que se recomienda y exhorta (a veces a cambio de premios u otros beneficios) el uso de, por ejemplo, entornos digitales (homebanking, contratación electrónica, subir recomendaciones o calificaciones de bienes o productos, etc.) que llevan a insertar al consumidor en el “entorno digital”, con las subsiguientes consecuencias que hemos referido brevemente.

c) Otro argumento que sustenta esta solución, como subprincipio derivado del principio de buena fe, es el de la confianza que se genera en el consumidor (devenido prosumidor) ante la delegación que le efectúa el proveedor.

Y es que resulta razonable, y por tanto digno de tutela jurídica, que, si el experto delega en el prosumidor el desarrollo de ciertas actividades, se considere que lo hace en el entendimiento de que este se encuentra calificado para llevarlas a cabo, no corriendo riesgos o perjuicios innecesarios en su desarrollo.

En efecto, dichas tareas no deberían generar o causar daños al prosumidor y, en caso de que lo causen, deberá ser el proveedor quien responda ante dicha situación, dado que es quien expuso a la contraparte a dichos riesgos y generó en aquel una creencia de que no iba a sufrir perjuicio.

d) También en este sentido, y dentro del margen de los “entornos digitales”, el art. 1107 del CCyC demanda en el marco de la información sobre los medios electrónicos que el proveedor informe todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, comprender los riesgos derivados de su empleo, y tener absolutamente claro quién los asume.

Naturalmente, el incumplimiento de esta obligación legal expresa conllevará responsabilizarlo del erróneo proceder del prosumidor en caso de que sufra perjuicios al desarrollar las tareas encomendadas. No podemos dejar

(36) El presente capítulo ha sido adaptado del siguiente trabajo: QUAGLIA, Marcelo C., “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, publicado en RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

de considerar en este punto que, en el marco de la celebridad comercial y con base en el principio de confianza ya referido, muchas veces el consumidor acepta extensos términos y condiciones generales que ni siquiera llega a leer y cuyo alcance difícilmente llega a comprender (aun cuando se encuentran detallados y explicitados en forma extensa y profusa), razón por la cual esas enunciaciones (usualmente propias del mercado digital), contextualizadas en el ámbito de vulnerabilidad que detallamos, no resultan a nuestro entender suficientes⁽³⁷⁾.

e) Otro argumento al que puede recurrirse es el de la llamada responsabilidad obligacional indirecta, supuesto en el cual se genera la responsabilidad del deudor en virtud del obrar del tercero (en el caso el prosumidor) que ha introducido en el cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido, recurriendo al art. 732 del CCyC (norma que establece el llamado “principio de equiparación”⁽³⁸⁾) y a la obligación de seguridad, consideramos que el proveedor deberá asumir la responsabilidad correspondiente por los daños que el prosumidor padezca.

Cabe destacar que, a diferencia del art. 1753 del CCyC, en este supuesto no debe necesariamente tratarse de un dependiente⁽³⁹⁾, bastando que quien se considera el principal responsable introduzca este tercero en el cumplimiento de su obligación: se genera una disociación en la que uno es el que daña y el otro es quien debe responder⁽⁴⁰⁾.

f) En esta misma línea, y en un análisis que puede calificarse al menos de discutible, podríamos incorporar al prosumidor en un concepto amplio de dependiente⁽⁴¹⁾, responsabilizando a su superior con fundamento en el ya citado art. 1753 del CCyC.

g) También en una postura un tanto extrema, y en el entendimiento de que el prosumidor integra la cadena de producción o comercialización, podría considerarse que, conforme el art. 40 de la LDC, el proveedor sería objetivamente responsable no pudiendo alegar que el consumidor es un tercero por el cual no debe responder (y mucho menos si es la propia víctima)⁽⁴²⁾.

h) También puede alegarse que, dado que la actividad que el propio proveedor desarrolla es en su beneficio, deberá por tanto asumir los riesgos que esta conlleva.

i) La referencia, ya reseñada, de que muchas veces (como en el caso del homebanking) el proveedor inserta al prosumidor en un entorno en el cual debe desarrollar una actividad riesgosa o peligrosa (art. 1757, CCyC), en cuyo caso la excepción a la responsabilidad objetiva generada que se sustenta en la conducta de la víctima debe acreditar que esta reviste las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor⁽⁴³⁾.

(37) En tal sentido, el art. 15 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor y en actual trámite legislativo (exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020) en materia de sobreinformación (situación usual en el mercado digital donde se presentan numerosos términos y condiciones de gran extensión y, a veces, difícil interpretación) plantea: “La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que, de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate”.

(38) “El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado”.

(39) Si bien el art. 1753, CCyC refiere a la responsabilidad del principal por los daños que causen el dependiente y las personas “de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones”, se ha entendido que el segundo supuesto se encuentra limitado a los perjuicios que ellas causen a terceros, no acreedores de la obligación que se ejecuta (por ejemplo, dependiente de una empresa constructora que mientras trabaja en una obra deja caer un adoquín y lastima a un transeúnte que pasaba por allí) (PICASSO, Sebastián – SAÉNZ, Luis R. J., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV”, Herrera – Caramelo – Picasso [dirs.], Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1º ed., p. 472).

(40) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Turismo, cláusulas abusivas y responsabilidad contractual indirecta”, RCyS 2003-385.

(41) La relación de dependencia o subordinación se manifiesta a través del derecho de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera en que deben cumplirse las funciones; así la define expresamente KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en “Código Civil comentado, anotado y concordado. Tomo 5, art. 1113”, Augusto C. Belluscio (dir.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 434.

(42) Nuestra jurisprudencia ya se ha expedido en el sentido de que no puede considerarse como tercero por el cual no se debe responder a otro proveedor integrante de la relación de consumo (entre otros, CNCiv., sala D, 25/03/2008, “Gudauskas, Sandra R. y otro c. Alba S.A. y otro”, Lexis 1/70046453-1). En el caso sería un prosumidor el tercero por el cual debe responder.

(43) CSJN, 11/05/1993, “Fernández, Alba O. c/ Ballejo, Julio A. y otra”, LA LEY, 1993-E, 472.

j) Finalmente no podemos dejar de considerar la aplicación de otros principios propios del régimen de defensa del consumidor (que como destacáramos hoy se encuentran receptados normativamente en la Res. Mercosur 36/2019, internalizada por Resolución SCI 310/2020), con especial referencia, entre otros, al principio de transparencia de los mercados y al de equiparación de derechos.

A ellos puede sumarse el propuesto en el art. 5 del Proyecto de Código de Defensa de los Consumidores al que ya hemos referido: principio de primacía de la realidad; a través de este puede evidenciarse que el proveedor ha trasladado parte de su actividad, pretendiendo con ello también trasladar el riesgo que ella genera, en cabeza del prosumidor.

Cabe ponderar que dicho principio cuenta con consagración expresa en el art. 6 del decreto 274/2019 de lealtad comercial, disposición que integra el microsistema de defensa de los consumidores (art. 3, LDC). Sin embargo, la vigencia de dicha disposición ha sido debatida y, además, de su redacción parece limitarse a los actos de competencia desleal.

Sin perjuicio de lo expuesto, y aun cuando se considere que la norma (art. 5 del Proyecto) aún no está vigente, es una fuente doctrinaria recurrente y ya ha sido invocada por la jurisprudencia con fundamento en que recoge la fecunda labor de la doctrina⁽⁴⁴⁾, contando, además, con recepción normativa en el ámbito del Mercosur (a través de la resolución ya citada). De tal forma, entendemos que, más allá de la imposibilidad actual de invocar el art. 5 del Proyecto de Código como norma vigente, sus principios son plenamente operativos y aplicables a cada caso concreto, resultando una consecuencia del mandato constitucional consagrado por el art. 42, 3er. párrafo de la CN, norma que impone la necesidad de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de relaciones de consumo (los que no necesariamente deben limitarse al procedimiento administrativo o al proceso judicial)⁽⁴⁵⁾.

No dejamos de reconocer que algunas de las soluciones propuestas resultan un tanto extremas, ya que el tercero del que se sirve el proveedor no es otro que la propia víctima, quien, además, produce materialmente el daño, pero entendemos que, conforme el desarrollo efectuado, jurídicamente debe imputarse su autoría al proveedor.

En este sentido, no debemos dejar de recordar que al admitirse la aplicación de este especial régimen tuitivo de tutela al consumidor entrará en juego una serie de principios y soluciones propias y específicas⁽⁴⁶⁾ (más aún ante una situación de hipervulnerabilidad), ya que se considera configurado un microsistema jurídico, formado por “pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado)”⁽⁴⁷⁾.

VII. A modo de reflexiones finales

1. La referencia a “entornos digitales” abarca y excede el concepto de “comercio electrónico”, lo que genera nuevos marcos y contextos en el ámbito de las relaciones humanas (entre las que se comprenden las de consumo).

2. Las problemáticas que pueden generarse en el ámbito de los “entornos digitales” pueden replicar situaciones similares o parecidas a las suscitadas en el “entorno físico”, admitiendo por tanto la aplicación por analogía de soluciones jurídicas similares (vg., un supuesto de violencia de género).

(44) SCJ Tucumán, 14/08/2019, “Asociación Mutual Asís c. Curbilla”.

(45) QUAGLIA, Marcelo C., “El Proyecto de Código de Defensa del Consumidor Argentino y los principios de tutela a los consumidores. Su operatividad y necesaria consagración legal”, Rev. La Consumeril (del Instituto de Defensa del Consumidor del Colegio de Abogados y Procuradores del Departamento de Bahía Blanca), Año I, Revista I (octubre de 2020), p. 27.

(46) QUAGLIA, Marcelo C., “El desequilibrio relacional y el orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza). La equidad en el ámbito del Derecho del Consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel – HERNÁNDEZ, Carlos A. [dirs.], *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 290.

(47) NICOLAU, Noemí L., “La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado”, Revista de Estudios del Centro, 2, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, 1997, p. 80.

3. Sin perjuicio de lo reseñado precedentemente, en otros supuestos las particularidades y peculiaridades propias del “entorno digital” demandarán la aplicación de nuevas soluciones que ponderen y estimen las excepcionalidades que se susciten, sustentando la nueva solución jurídica en los principios o reglas más genéricas y amplias, que permitan su adaptación al caso concreto.

4. No resulta inusual que el proveedor traslade parte de su actividad al ámbito del consumidor, a quien se le impone realizar una tarea específica que agrega valor al bien o al servicio adquirido, hemos dado en llamar a esa figura: prosumidor.

Dicha situación se evidencia especialmente en el marco de los “entornos digitales”.

5. Es así como las funciones que desarrollaba otrora el profesional especializado (proveedor) pesan hoy en cabeza de un sujeto profano y que usualmente no ha sido capacitado a tal fin, situación que puede aparejar la configuración de errores, inconductas y/o eventuales daños.

6. Ante dichos supuestos es el proveedor quien debe asumir la responsabilidad del caso, especialmente si se considera que, dadas las particularidades enunciadas, el prosumidor en “entornos digitales” debe ser considerado (en una presunción *iusuris tantum*) un consumidor hipervulnerable.

7. La calificación del prosumidor como consumidor hipervulnerable conlleva la aplicación del principio fundamental del derecho del consumo que impone una protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja.

8. Otro aspecto relevante donde debe ponderarse la existencia de un consumidor hipervulnerable es el ámbito de los eximentes de responsabilidad del proveedor, exi-

mentos que deben ponderarse y considerarse con extrema estrictez y conforme los principios generales que imponen que, en caso de duda, deberá estarse a la solución más favorable para el consumidor (arg. arts. 3 y 37, LDC y 1094 y 1095, CCyC).

El consumidor hipervulnerable goza de un estándar mayor que el resto de los consumidores para que su acción pueda activar el eximente de responsabilidad del proveedor.

9. Sin perjuicio de lo reseñado, se configuran numerosos argumentos de peso que imponen al proveedor la obligación de asumir la responsabilidad que se genere por los daños que sufre el prosumidor en el marco de la relación de consumo entablada en “entornos digitales”, aun en razón de la propia conducta del prosumidor, siempre y cuando la misma se enmarque en el contexto de la buena fe.

10. En cada caso concreto deberá meritarse si se admiten eximentes, concurrencias o concausas, pero como principio general el proveedor deberá asumir su responsabilidad.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales

por MARCELO QUAGLIA y MA. VICTORIA MUTILIENGO

Sumario: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. – II. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE ENTORNOS DIGITALES. – III. ENTORNOS DIGITALES: LA CONTENCIÓN DE LOS NUEVOS FENÓMENOS. – IV. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE CONSUMO. – V. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. Consideraciones preliminares

El constante desarrollo de la industria nos ubica hoy en la llamada cuarta revolución industrial o Industria 4.0, cuarta etapa de la evolución técnico-económica de la humanidad contada a partir de la Primera Revolución Industrial⁽¹⁾. Esta se caracteriza por una nueva manera de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUINAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿per-*

producir, adoptando para ello tecnologías que vinculan a los procesos físicos con herramientas digitales enfocadas en la interconectividad, la automatización y los datos en tiempo real⁽²⁾.

Advertimos hoy que la expansión de dicho desarrollo no solo alcanza, abarca y comprende los procesos industriales, sino que ha terminado por superar ese ámbito, extendiéndose a toda la cadena de valor e introduciendo nuevas formas y maneras de desarrollarnos e interactuar, evidenciando importantes cambios sociales. A ello cabe hoy adicionar la situación de pandemia y aislamiento que hemos transitado, la que ha forzado a todas a un uso más intenso de la conectividad virtual: la vida no se detuvo, se trasladó a un lugar diferente⁽³⁾.

Refiere en este sentido la Unesco que los nuevos desarrollos en tecnología, dispositivos de acceso y servicios crean constantemente nuevas oportunidades para los individuos, los gobiernos y las empresas. Entre los avances más importantes se encuentra la creación de la World Wide Web o red informática mundial, la emergencia de Internet móvil, el desarrollo de los teléfonos celulares inteligentes (smartphones), y el crecimiento de las redes sociales, así como otras innovaciones y desarrollos digitales facilitados por Internet, como la internet de las cosas, la inteligencia artificial y la toma de decisiones basada en

sona electrónica?, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho-digital.com.ar.

(1) La primera se dio a través de la mecanización de la industria (máquina de vapor principalmente); la segunda por la producción en masa, la electricidad y el fordismo (líneas de ensamble), y la tercera se introduce con la computación y la automatización de funciones.

(2) <https://www.argentina.gob.ar/int/industria-40>

(3) BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia, *The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now*, Ed. The Mit Press, 2021.

algoritmos. Todo ello continuará transformando la naturaleza de Internet y su impacto sobre las economías y las sociedades⁽⁴⁾.

Naturalmente estos cambios demandan un operador jurídico atento a estos fenómenos (uso intensivo de Internet y de las tecnologías punta, Neurociencias, Inteligencia Artificial, etc.), los cuales deben receptor y, conforme la situación concreta, incentivar, reencauzar o, en casos extremos, prohibir. Y para ello debemos encontrarlos provistos de las necesarias herramientas que el orden jurídico nos brinde, debiendo quizá, ante nuevos fenómenos, recurrir a nuevos remedios.

¿Cuál es hoy la situación de nuestro país en esta materia? Entendemos que ese es uno de los planteos que pretende desarrollarse en el marco de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁽⁵⁾ que se desarrollarán en septiembre del corriente año en la querida provincia de Mendoza. Es por ello que, en el marco de la Comisión Nro. 5 (vinculada al Derecho de los Consumidores) el tópico elegido no es otro que “Principios del Derecho del Consumidor. Proyección en las relaciones de consumo en entornos digitales”.

Procuraremos en estas breves líneas formular algunas preliminares consideraciones en tal sentido.

II. De qué hablamos cuando hablamos de entornos digitales

La expansión y el desarrollo de la actividad a través de los medios digitales (muchas veces en reemplazo de actividades que antes se efectuaban en forma física o analógica) nos permiten hoy reconocer a aquellos como un entorno⁽⁶⁾, donde ya no se perciben sus componentes por separado.

En efecto, se ha señalado que la consecuencia principal del auge de lo digital es que, más que una serie de tecnologías individuales, se ha transformado justamente en un entorno que, envuelve y da forma a casi todas las facetas principales de la vida cotidiana⁽⁷⁾.

De tal forma, este concepto pretende abarcar todas las plataformas y aplicaciones que nos permiten actuar como personas y organizaciones (cuando intervenimos en el entorno virtual en forma unilateral), o interactuar con el ambiente (cuando nos relacionamos en el entorno virtual), entendiendo por tal a otras personas u organizaciones o a otro tipo de sujetos (chatbots, IA, el metaverso, etc.).

Asimismo, y a veces a través de un único dispositivo (como podría ser un smartphone o una tablet), podemos pasar de forma casi imperceptible de un ámbito de la vida cotidiana a otro, celebrando una reunión virtual, subiendo información a una red social, escribiendo mensajes en una aplicación, leyendo las noticias en la web y comentando los sucesos, adquiriendo la cena o un bien, etc.

De esta manera podemos advertir lo acertado de la terminología empleada por las autoridades de las Jornadas al referir ya no al comercio electrónico o a la contratación electrónica, a Internet o a determinadas aplicaciones o procesos electrónicos o digitales. El concepto de *entorno* se evidencia como apropiado, amplio y abarcativo de las numerosas actividades que el consumidor puede desarrollar en el ámbito digital. Nuestras vidas cotidianas hoy se encuentran digitalizadas.

III. Entornos digitales: la contención de los nuevos fenómenos

Naturalmente los entornos digitales se encuentran plagados de herramientas que procuran facilitar el acceso de las personas a determinados bienes, tales como información, salud, productos, esparcimiento, etc. De esta forma, las nuevas tecnologías pueden aumentar enormemente los estándares de nuestro bienestar social y económico, y hasta colaborar en la plena efectividad del ejercicio de los derechos humanos, dando una mayor calidad de vida a las

personas⁽⁸⁾. Ahora bien, como toda herramienta, su uso no debe ser desvirtuado o inapropiado.

Es por ello que, como ya hemos señalado, muchas veces será necesario incentivar, reencauzar o, en casos extremos, prohibir los modos o maneras de utilizar algunas de estas herramientas (y quizás hasta la herramienta en sí).

En este punto cabe considerar que, al ser el entorno digital un ámbito construido y habitado por personas, muchos de los problemas que se susciten serán los mismos del mundo analógico o real (por denominarlo de alguna forma, ya que el mundo digital también es real⁽⁹⁾), resultando plausible poder recurrir (a veces por analogía) a las mismas soluciones (aunque restando las particularidades del caso⁽¹⁰⁾). Pero en otros supuestos ello no será suficiente.

Usualmente, ante este tipo de situaciones la primera valla de contención que se evidencia se configura en el marco de la llamada autorregulación, que no es otra cosa que la capacidad de regularse a sí misma con que cuenta una organización, entidad o persona⁽¹¹⁾. Hoy, en el marco de los entornos digitales ya se ha advertido que esta primera valla de contención no se evidencia como satisfactoria: la moderación de contenidos y los mecanismos internos de revisión, más allá de resultar beneficiosos en determinadas situaciones, son insuficientes⁽¹²⁾ (así lo ha señalado en octubre del año pasado, por ejemplo, la secretaria de prensa de la Casa Blanca dejando en claro que la administración de Biden procurará una mayor supervisión federal de las empresas de tecnología que por ahora han logrado el control del discurso y la retórica violenta o de odio en sus propias plataformas⁽¹³⁾).

Atento lo señalado, evidentemente es necesario recurrir a nuevas barreras de contención, supuesto en el que —entendemos— es necesario que el derecho intervenga.

Ahora bien, muchas veces se ha señalado que el derecho se revela como un fenómeno posterior al hecho, como una reacción que legitima o deslegitima jurídicamente. El derecho asiste al cambio y, una vez que lo reconoce, lo recepta o lo rechaza, dándole o quitándole de esta manera a la situación fáctica la estabilidad que le brinda una consagración jurídica⁽¹⁴⁾.

Y, si bien esa función del derecho es evidente, innegable y muchas veces necesaria, en un supuesto como el presente, donde la celeridad de los fenómenos nos sorprende día a día, no resulta suficiente, resultando forzoso recurrir a otras funciones del derecho.

(8) PARRA SEPÚLVEDA, Darío y CONCHA MACHUCA, Ricardo, “Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades”, *Universitas*, vol. 70, 2021, Pontificia Universidad Javeriana, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20\(2021\)/82569129005/#fn101](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20(2021)/82569129005/#fn101).

(9) A mero título enunciativo podrán advertirse: a) cuestiones de género (como la violencia de género en entornos digitales o la brecha digital de género existente en algunos países —<https://es.unesco.org/news/cerrar-brecha-digital-genero-hackaton-ia-organizado-microsoft-desarrolla-competencias-digitales->); b) igualdad (especialmente en materia de accesibilidad en el aprendizaje digital inclusivo —<https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/es/portal/educacion-inclusiva-superar-las-barreras-de-la-tecnologia->); c) vulnerabilidad e hipervulnerabilidad; d) abuso de posiciones dominantes; e) tecnologías persuasivas; f) neurociencias y un largo etcétera. Al respecto pueden consultarse, entre otros, FRUSTAGLI, Sandra A., “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, *SJA* 14/07/2021, 19; SOBRINO, Waldo, “Neurociencias y Derecho”, *LA LEY*, 2019-D, 1070, *SJA* 06/05/2020, 15, y QUAGLIA, Marcelo C., “Publicidad 4.0: posibles respuestas del régimen jurídico”, *SJA* 22/09/2021, 22/09/2021, 3; “Realidades de la industria 4.0: vulnerabilidad y publicidad”, *La Ley* 22/10/2021, p. 1; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, publicado en *RCCyC* 2022 (febrero), 15/02/2022, 54 y “La tutela de los derechos humanos en el ámbito del consumo. Para muestra, basta la ‘Publicidad 4.0’”, *Rev. El Derecho* del 17 de marzo de 2022, Cita Digital: ED-MMDCCIII-192.

(10) Por ejemplo, en el ámbito del metaverso una persona humana puede elegir configurar su avatar de otro género o raza y, por tanto, ser discriminada (no la persona sino su avatar) (AGUDELO PINEROS, Catalina, “La sociedad de los avatares: Videojuegos, representación y discriminación”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Sociales, Maestría en Estudios Culturales, Bogotá, 2014 —<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/13464->).

(11) <https://dle.rae.es/autorregularse?m=form>

(12) https://elpais.com/retina/2019/04/12/tendencias/1555058434_379325.html; <https://www.vozdeamerica.com/a/autorregulacion-no-es-suficiente-para-combatir-desinformacion-en-redes/6267600.html>

(13) <https://www.independentespanol.com/noticias/denunciante-facebook-frances-haugen-autoregulacion-b1932255.html>

(14) DIÉGUEZ MÉNDEZ, Yurisander, “El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad” en “Derecho y Cambio Social” en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5500757.pdf>

(4) SOUTER, David y VAN DER SPUIY, Anri, “Indicadores de la Unesco sobre la universalidad de Internet. Marco para la evaluación del desarrollo de Internet”, Unesco, París, 2019, p. 17.

(5) <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/institucional>

(6) La Real Academia Española define en su primera acepción el término *entorno* como “ambiente, lo que rodea” (<https://dle.rae.es/entorno>).

(7) BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia, *The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now*, Ed. The MIT Press, 2021.

En esta línea, no podemos obviar que el derecho es también un fenómeno social y un elemento que compone la realidad, no solo como normatividad posterior: constituye también una parte contextual, impulsora de transformaciones y cambios sociales, estimulando como guía de un futuro quehacer o instrumento de cambio⁽¹⁵⁾.

Tal es la segunda valla de contención que se presenta a fenómenos como el que estamos analizando, la que no hace más que recurrir a los principios generales del derecho vigentes, principios que nos pueden brindar soluciones a casos particulares y concretos, usualmente a través de la actividad jurisdiccional. Todo ello sin perjuicio de que, ante determinadas situaciones la tecnología genere relaciones jurídicas que desborden el marco normativo existente, reclamando un proceso de regulación propio que procure efectivizar los principios ya consagrados en forma más concreta, incorporando nuevas normas y, en algunos supuestos, hasta una nueva institucionalidad, la que podrá incluir órganos reguladores especializados⁽¹⁶⁾ (justamente tercera valla de contención del fenómeno –donde se evidencia más ese derecho posterior al hecho al que refiréramos–)⁽¹⁷⁾.

De esta forma, no podemos sino destacar nuevamente la importancia de la vinculación de los principios generales en materia de consumo con los llamados entornos digitales, así como lo acertado de la propuesta de las Jornadas Nacionales en este sentido.

IV. Los principios fundamentales en materia de consumo

No dudamos en sostener que el derecho del consumidor se configura como una disciplina singular, especializada y con autonomía; así como que constituye un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor para garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores⁽¹⁸⁾.

En dicha línea, el régimen cuenta con principios propios y específicos configurados en el ámbito de las relaciones de consumo y en relación y diálogo con los principios generales, a veces ratificándolos y otras brindando soluciones diferentes⁽¹⁹⁾. Evidencia lo reseñado la querida Noemí Nicolau, al destacar que el régimen de defensa al consumidor integra un microsistema jurídico que busca realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado, etc.)⁽²⁰⁾.

Recientemente nuestro ordenamiento positivo ha receptado expresamente una enunciación de catorce Principios Fundamentales en el ámbito de las relaciones de consumo. Así, a través de la Res. SCI 310/2020 se incorpora

(15) AÑON, María José, "Derecho y Sociedad", trabajo publicado en *Introducción a la Teoría del Derecho*, obra colectiva, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pág. 82.

(16) PARRA SEPÚLVEDA, Darío y CONCHA MACHUCA, Ricardo, "Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades", *Vniversitas*, vol. 70, 2021, Pontificia Universidad Javeriana, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20\(2021\)/82569129005/#fn101](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20(2021)/82569129005/#fn101)

(17) Así, por ejemplo, en España se elaboró un anteproyecto de ley por el cual el Ministerio de Consumo regularía los servicios de atención al cliente, similar en varios aspectos a la norma que analizamos (https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/adios-a-los-bots-los-usuarios-podran-exigir-por-ley-ser-atendidos-por-personas-en-la-banca-la-energia-o-la-telefonía-4950097/?s=09&utm_source=whatsapp.com&utm_medium=socialshare&utm_campaign=mobile_web) y en Chile se encuentra actualmente en debate parlamentario una ley que pretende tutelar los neuroderechos (<https://www.swissinfo.ch/spa/chile-aprueba-ley-para-protger-los-neuroderechos-o-derechos-del-cerebro/46990688>). En nuestro país, un claro ejemplo de esta situación se presenta en la Resolución SCI 1033/2021 que reglamenta, entre otros aspectos, el uso por parte del proveedor de los llamados chatbots o robots conversacionales.

(18) DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar, "Determinación del derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma", revista "Derecho y Sociedad" de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nro. 34, pág. 69 (<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/13329/13956/>).

(19) En tal sentido puede consultarse QUAGLIA, Marcelo, "El desequilibrio relacional y el orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza. La equidad en el ámbito del derecho del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. [dirs.], *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 290.

(20) NICOLAU, Noemí L., "La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado", en *Revista de Estudios del Centro, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil*, N° 2, 1997, p. 80.

a la normativa local⁽²¹⁾ la Res. Mercosur 36/2019⁽²²⁾, la que luego de reconocer expresamente el estado de vulnerabilidad estructural del consumidor en el mercado enumera lo que califica en sus considerandos como los principios básicos en la materia.

Del detalle contenido en la norma nos permitimos, en una preliminar y primigenia revisión, destacar como principios vinculados en forma directa con el tema que estamos tratando los siguientes: a) de progresividad y no regresión; b) de acceso al consumo; c) de transparencia de los mercados; d) de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja⁽²³⁾; e) de respeto de la dignidad de la persona humana; f) antidiscriminatorio; g) de información; h) de armonización, e i) de equiparación de derechos.

Naturalmente, más allá de la vinculación directa con el fenómeno que estamos analizando, los principios generales del derecho (algunos propios de las relaciones de consumo y otros más amplios –como la buena fe–) usualmente se vincularán con la situación concreta a analizar y brindarán herramientas a fin de procurar la resolución el eventual conflicto que se genere.

Cabe destacar que en este nuevo emplazamiento (digital) no quedará desplazado el problema de la jerarquización de los principios, conflicto propio de áreas más rígidas, pero sí deberá ajustarse a la temática puntual de los hechos, que en definitiva dará lugar a un enfoque transversal de los principios a componer en el caso concreto.

Asimismo, adviértase que la enumeración normativa detallada no puede sino considerarse como meramente enunciativa, existiendo otros principios fundamentales o generales (aún propios del ámbito del consumo) a los que el operador jurídico podrá recurrir. Baste para ello un breve ejemplo:

La resolución Mercosur que enumera los principios reseñados (y otros que no hemos enunciado) tiene su sustento en el art. 5 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de Argentina⁽²⁴⁾. Ese texto proyectado ha sufrido un proceso de formación y evolución normativa que finalmente se plasmó en los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor que actualmente cuentan con esta-

(21) Resulta en este punto interesante destacar la posición de dos enjundiosos juristas (hoy devenida abstracta debido a la incorporación expresa de la resolución a nuestra norma local): por un lado, José Sahián afirmaba que la falta de integración de la mentada resolución la colocaba en la categoría de *soft law*, aunque no por ello merecía ser subestimada, alcanzando acentuada preponderancia en el marco del diálogo de fuentes al que ahora invitan los modernos sistemas jurídicos, entre ellos el CCyC (SAHIÁN, José H., "El impacto de la emergencia por pandemia en las relaciones de consumo", <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3e03137d11255075776dd89138b5f301>); por otro lado, Ezequiel Mendieta ha sostenido que las resoluciones Mercosur no requieren de ningún tipo de aprobación y/o incorporación por la vía parlamentaria, hasta podría interpretarse que, en virtud de lo establecido en el párrafo primero *in fine* del artículo 75, inc. 24 de la Carta Magna, resultarían aplicables directamente sin necesidad de incorporación alguna (MENDIETA, Ezequiel, "La resolución 11/2021 del Mercosur y su incorporación al ordenamiento jurídico argentino", publicado en el diario La Ley de 8 de noviembre de 2021, edición especial por el XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, p. 26).

(22) Cabe advertir que, en una interesante posición, autores como Ezequiel Mendieta, con fundamento en el art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional, consideran que las resoluciones del Mercosur tienen jerarquía superior a las leyes (MENDIETA, Ezequiel, "La resolución 11/2021 del Mercosur y su incorporación al ordenamiento jurídico argentino", suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021, XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor "Hacia el Código Nacional de Defensa del Consumidor", p. 26).

(23) Cabe recordar que para algunos autores la condición de consumidor digital implica *per se* la calidad de hipervulnerable (MENDIETA, Ezequiel, "Reconocimiento judicial de la categoría de consumidor hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020", *Revista de Derecho del Consumidor*, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXVI26 y "Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo 'Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor'", *Revista de Derecho del Consumidor*, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100, y BAROCELLI, Sergio Sebastián en "Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales" en suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021, XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor "Hacia el Código Nacional de Defensa del Consumidor", p. 7).

(24) Elaborado por la Comisión Reformadora creada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, en articulación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa "Justicia 2020", y que integraron los Dres. Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muñío, María Eugenia D'Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepiscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajñtraub.

do legislativo⁽²⁵⁾. Ahora bien, lo que pretendemos reseñar es que, en ese proceso, el referido artículo 5 fue modificado, adicionándose, por ejemplo, el principio de *primacía de la realidad* (el cual considerará las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan), principio que no fuera enunciado originariamente.

De esta forma se evidencia claramente la posibilidad de agregar, adicionar y/o aplicar otros principios en el caso concreto, aun cuando estos no cuenten con una recepción legislativa expresa, existiendo la posibilidad de que nuevos principios sean deducidos por el operador jurídico a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico y/o extraídos del derecho natural (conforme a qué posición se adhiera)⁽²⁶⁾.

Conforme lo expuesto, más allá de la consagración expresa o no de un principio como norma vigente, estos son plenamente operativos y aplicables a cada caso concreto resultando una consecuencia del mandato constitucional consagrado por el art. 42, párr. 3° de la CN, norma que impone la necesidad de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de relaciones de consumo (los que, a nuestro entender, no necesariamente deben limitarse al procedimiento administrativo o al proceso judicial)⁽²⁷⁾.

Se concreta, de esta forma, un diseño normativo dinámico no solo en sintonía con el mercado y los avances tecnológicos, sino también útil para el operador jurídico, al contar con estas “normas abiertas” para abordar en concreto la realidad del caso. Ello además recepta la motivación que inspirara el cambio de paradigma propuesto por la legislación unificada: el diálogo de fuentes, enfatizado en la relevancia que reciben los derechos humanos, como lo demuestra la recepción de la protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, el respeto de la dignidad de la persona humana, el principio antidiscriminatorio y, particularmente, el principio de progresividad y no regresión.

V. A modo de conclusiones

Hasta aquí nuestras breves consideraciones sobre la propuesta que nos trae este nuevo encuentro científico.

Cabe finalizar el desarrollo reseñando algunas cuestiones que entendemos necesario destacar y nos atrevemos a calificar como conclusiones, si bien solo pretenden ser un disparador de nuevas consideraciones que, con suerte, logremos generar en el amable lector.

Principiamos advirtiendo que el desarrollo progresivo que han cobrado los principios del derecho del consumidor, desde su primigenio emplazamiento constitucional, se consolida ahora frente a otro contexto, dándoles una significación que otrora fuera pensada ajustada a otros parámetros pero que se visualiza útil para enfrentar los desafíos de las nuevas tecnologías, habilitando su ejercicio por el justiciable.

Desde otra línea, tales principios deberán funcionar sincronizadamente, tal como han sido pensados por los

Proyectos de Código de Defensa del Consumidor⁽²⁸⁾, pues no sería posible, por ejemplo, considerar al *principio de consumo sustentable* sin correlato con los *principios de progresividad y no regresión*, dado que si se permitieran avances nacionales e internacionales vinculados con la protección de la vulnerabilidad frente al crecimiento exponencial del consumo, la sobreexplotación de recursos, la falta de información y la exposición del consumidor a estas realidades, ello no podría desconocer la preservación de los recursos naturales, el medio ambiente, en pos de preservar los intereses de las próximas generaciones. Igualmente ocurrirá con la *vulnerabilidad estructural* que existía ya en el mercado de consumo –y que ahora tiene un reconocimiento normativo expreso– exponenciada en el mundo digital frente a un consumidor carente de información, de medios, órbita y estructura en la que se vincula con el proveedor⁽²⁹⁾, donde la exigencia del equilibrio de la relación jurídica importará acudir a políticas activas que presenten un “entorno seguro” para quien acceda a la contratación a través de cualquier plataforma digital, donde va de suyo que el *principio de mercado transparente* –vinculado con el deber de información– y el de *equiparación de derechos* deberán corregir las distorsiones que el propio mercado exhibe, sea desdibujando la competencia, manipulando al consumidor u ocultando aspectos esenciales de la comercialización que quedan en la esfera exclusiva del proveedor. Costo del cual el sistema de gobernanza habrá de hacerse cargo, debido a que, como bien se ha dicho, “la supervisión humana se refiere, por tanto, no solo a la supervisión humana individual, sino también a la supervisión pública, según corresponda”⁽³⁰⁾.

Y es que este “diálogo” ahora de “principios” surge más claro aún en el campo de los derechos humanos, como lo demuestra la recepción de la protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, el respeto de la dignidad de la persona humana y la antidiscriminación.

Los recursos que nos habilitan los principios mencionados son múltiples y su “regulación” quizás sea una de las tareas más complejas en orden a los entornos digitales, frente a desarrollos tecnológicos que avanzan sin pausa. Ello no implica actuar desinteresadamente, puesto que será a partir de las intervenciones que en cada caso concreto los operadores jurídicos (públicos y privados) vayan posibilitando que podremos mejorar, adaptar, ajustar y/o aprovechar su funcionamiento para mejorar nuestras condiciones de vida.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

(28) Proyectos de Código de Defensa del Consumidor que actualmente cuentan con estado legislativo (Exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020). En referencia a dichos proyectos puede consultarse HERNÁNDEZ, Carlos A.; JAPAZE, Ma. Belén; OSSOLA, Federico A.; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel A., “Hacia el Código de Defensa del Consumidor”, Publicado en: LA LEY 15/03/2021, 1.

(25) Exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020. En referencia al mismo puede consultarse HERNÁNDEZ, Carlos A.; JAPAZE, Ma. Belén; OSSOLA, Federico A.; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel A., “Hacia el Código de Defensa del Consumidor”, Publicado en: LA LEY 15/03/2021, 1.

(26) RUIZ RUIZ, Ramón, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, en Rev. Derecho y Realidad, Núm. 20, 2° semestre de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.

(27) QUAGLIA, Marcelo C., “El Proyecto de Código de Defensa del Consumidor Argentino y los principios de tutela a los consumidores. Su operatividad y necesaria consagración legal”, Rev. La Consumeril (del Instituto de Defensa del Consumidor del Colegio de Abogados y Procuradores del Departamento de Bahía Blanca), Año I, Revista I (octubre de 2020), p. 27.

(29) MENDIETA, Ezequiel, “Reconocimiento judicial de la categoría de consumidor hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26.

(30) Véase https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434_spa, p. 13.

Notas sobre el deber de seguridad, la “causa ajena” y el régimen de defensa del consumidor en los entornos digitales

por FRANCO RASCHETTI(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL DEBER DE SEGURIDAD. GENERALIDADES. – III. CARÁCTER DEL DEBER DE SEGURIDAD: OBJETIVO Y DE RESULTADO. – IV. LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. LA “CAUSA AJENA”.

I. Introducción

En las próximas XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en la ciudad de Mendoza se tratarán temáticas por demás trascendentes para la actualidad del derecho del consumo y que se vinculan con los desafíos que presentan para la totalidad de la disciplina jurídica los entornos digitales y las nuevas tecnologías.

En este marco, y enlazando el derecho de daños con el derecho de defensa de los consumidores, aparece un aspecto que podrá ser de utilidad para casos que involucren consecuencias nocivas como producto de una contratación o relación de cariz electrónico como es el deber de seguridad⁽¹⁾. Por ello es que en este trabajo perfilaremos someramente dos “tramos” de dicha significativa institución: intentaremos, por un lado, desbrozar su conceptualización general y caracteres y, por el otro, analizar cómo operan en su ámbito las eximentes de responsabilidad, especialmente “la causa ajena” cuando el hecho dañoso se desenvuelva en un entorno digital.

II. El deber de seguridad. Generalidades

Sin perjuicio de las puntualizaciones que seguidamente haremos, la obligación o deber de seguridad en materia de defensa del consumidor se vincula al nocimiento que pueda recaer sobre la persona o bienes del consumidor con motivo de la vigencia de una relación de consumo, con independencia del interés comprometido en otras prestaciones que pudieren corresponder entre el proveedor y el consumidor. Se trata, en suma, de mantener la incolumidad de la persona y los bienes jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales involucrados en el desenvolvimiento de una relación de consumo.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUIÑAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado graduado con Diploma de Honor (UCA, Derecho Rosario); Doctor en Derecho (UCA, Derecho Rosario); Especialista en Derecho de Daños (UCA, Derecho Rosario); Profesor de Contratos Parte General, Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor y del Usuario (UCA, Derecho Rosario).

(1) Podría polemizarse en torno a la pertinencia de calificar como “deber” u “obligación” a la seguridad en el ámbito del consumo, pero aclaramos que utilizaremos de modo indistinto ambas denominaciones.

El artículo 42 de nuestra Carta Magna inaugura su texto refiriendo a que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...” en lo que es, a nuestro criterio, una muestra cabal y de fuste de la raigambre constitucional de la obligación de seguridad en el ámbito de consumo. Esta promesa constitucional, enseña Moia, no agota su amparo en la tutela esencial de la integridad física y salud del consumidor, sino que al comprender la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores ello puede entenderse como previsión de que la prestación de un servicio debe realizarse sin comprometer ninguno de esos aspectos de la órbita del consumidor⁽²⁾. Así es que, en palabras de la Corte Nacional, la protección de la seguridad es un derecho previsto constitucionalmente⁽³⁾ de goce directo y efectivo por parte de sus titulares⁽⁴⁾.

En adición a ello, preséntase el artículo 5 de la LDC⁽⁵⁾, cuya simple lectura deja entrever una concepción más cercana a las actividades y cosas peligrosas o riesgosas y en una tutela exclusiva a la integridad psicofísica del consumidor en cuyo contexto, dadas las características de la prestación, esta reviste cierto riesgo para la persona o bienes del acreedor siendo ello lo que justifica que se imponga al deudor el deber de velar por su inocuidad. No obstante, atinadamente se ha ampliado sensiblemente el contenido de dicha norma, mediante una lectura armónica del mismo con principios cenitales del derecho hoy receptados en el CCCN como el de buena fe (artículos 1, 9, 11, 729, 961, 991, 1061) y el deber de prevención del daño (artículos 1710 y 1711).

Como se ha dicho en doctrina, el deber de seguridad se fundamenta en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse de resultados de la ejecución o inexecución del deber primario de prestación⁽⁶⁾. A su turno, nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales⁽⁷⁾.

A partir de la existencia de dispositivos legales y constitucionales que consagran expresamente la obligación de seguridad en el derecho del consumo, es que la generalidad de los casos implicará la existencia de una obligación implícita o tácita de seguridad, ya que esta reconoce un origen legal sin necesidad de reconocimiento expreso en un acuerdo de voluntades, operando al modo de un elemento natural –utilizando la denominación clásica– de los contratos de consumo cuya virtualidad entra a tallar, las más de las veces, ante el acaecimiento de un daño en la persona o patrimonio de un consumidor que, como acto ilícito, activa la responsabilidad civil del proveedor.

Finalmente, no debe confundirse a este deber con las prestaciones involucradas en el plan prestacional de un contrato de consumo que vincule al consumidor y proveedor, pues el deber aquí estudiado mantiene su vigencia tanto en casos en los que también se comprometan prestaciones relacionadas a la seguridad o cuidado de bienes –v. gr., servicio de caja de seguridad– como cuando no exista ninguna conducta debida en tal sentido. Por ello es que no la consideramos como una obligación accesoria sino, me-

(2) MOIA, Ángel L., “La responsabilidad bancaria por la defectuosa custodia de las chequeras no entregadas al consumidor”, RC-CyC 2021 (julio), 238, Cita Online: AR/DOC/1679/2021.

(3) CSJN, “Bea Héctor y otro c. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios”, Fallos: 333:1623 (2010), considerando 17 del voto del Dr. Lorenzetti.

(4) CSJN, “Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro”, Fallos: 329:28 (2006), considerando 2 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.

(5) “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

(6) BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., “Obligación de seguridad” en WIERZBA, Sandra M. - MEZA, Jorge A. - BORAGINA, Juan C. (directores), *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 258.

(7) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 330:563 (2007).

por, como autónoma, ya que no necesariamente depende de la existencia de un contrato de consumo para su vigencia bastando, por el contrario, una relación de consumo –noción que abarca, pero no se agota, en el contrato–.

III. Carácter del deber de seguridad: objetivo y de resultado

Continuando con el análisis, colegimos que la obligación de seguridad en el ámbito del derecho del consumo aparece un deber de resultado concreto, eficaz y determinado –conforme arts. 774, inc. b y 1723, CCCN– cuya inobservancia implicará, en consecuencia, una responsabilidad de corte objetivo que se desenvolverá con prescindencia del análisis de la culpabilidad del agente⁽⁸⁾, lo cual impactará en las eximentes de responsabilidad que podrá esgrimir el accionado, aspecto que será tratado más adelante.

El carácter que definimos podrá venir dado, a tono con el artículo 1723 del CCCN, o bien por las “circunstancias de la obligación” o bien “de lo convenido por las partes” según el carácter expreso o implícito de la obligación de seguridad. Si bien dicha norma no se emplaza en la legislación especial de la materia consumeril, el propio artículo 10 bis de la ley 24.240 faculta al consumidor a recurrir a diversos remedios “sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan” y, dado que nos ubicamos en el campo de la responsabilidad civil dimanante del incumplimiento de la obligación de seguridad, no existe impedimento técnico alguno que obste recurrir a la premática civil y comercial referente a dicha fuente de las obligaciones cuando lo que se busca discernir es, precisamente, la eventual responsabilidad del proveedor, en adición a que una aplicación dialógica y armónica de la normativa en juego (arts. 1 y 2, CCCN) nos conduce invariablemente a tal conclusión.

Plantea Cerutti que los deberes a que aluden los artículos 5, 6 y 28 de la ley 24.240 y la prohibición de publicidad contenida en el artículo 1101, inciso c) del CCCN están impuestos por la ley y se refieren a la salud y seguridad del consumidor, tratándose de deberes y obligaciones impuestos de resultado, por lo que la responsabilidad es objetiva⁽⁹⁾. La judicatura ha mantenido un temperamento similar fallando que resulta irrelevante determinar qué otras medidas de seguridad hubiese debido o debiera implementar la accionada⁽¹⁰⁾; o que las normas constitucionales y legales involucradas ponen en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado, como consecuencia de lo cual se compromete la responsabilidad objetiva de ese proveedor⁽¹¹⁾.

Somos conscientes de que la definición de la obligación de seguridad como de medios o de resultado dista mucho de ser pacífica en nuestro medio, pero creemos que tal lid cala hondo en el ámbito general de la responsabilidad civil y no en el propio de la defensa del consumidor. Es que las dudas se plantean sobre todo en casos de responsabilidad civil médica en donde la aleatoriedad y la incerteza en la obtención del resultado dificultan el análisis⁽¹²⁾ de modo que puede apreciarse que el debate se enlaza también con la extensión y contenido de la prestación principal comprometida, alejándose de la autonomía e independencia que la misma reconoce en el espectro de la tutela al consumidor.

De tal guisa, dentro de los márgenes que hemos propiciado para este trabajo concluimos que del modo en el cual se ha perfilado legal y constitucionalmente la figura se infiere con certidumbre la implicancia de un resultado determinado en la misma, el cual derivará en una hipótesis de responsabilidad objetiva del proveedor que la incumpla y, en consecuencia, sea sindicado como responsable por los daños que tal inobservancia irroga⁽¹³⁾.

(8) Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva”, *El Derecho* 186-189, Cita Online: ED-DCCLXIV-274.

(9) CERUTTI, María del Carmen, “La obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial”, *RCyS* 2015-IV, 129, Cita Online: AR/DOC/558/2015.

(10) Cfr., CNCom., sala C, 31/03/2021, “Romazzotti, Guido Alberto y otro c. Emprendimientos Comunitarios SA y otro s/ ordinario”, *RCCyC* 2021 (julio), 203, Cita Online: AR/JUR/6189/2021.

(11) Cfr. CNCiv., sala I, 29/11/2019, “Bayer, Susana Elvira c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios”, *RCyS* 2020-IV, 99, Cita Online: AR/JUR/48914/2019.

(12) CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 864.

(13) En el sentido de que se trata de una hipótesis de responsabilidad objetiva tanto sea en términos generales o bien en materia

IV. Las eximentes de responsabilidad. La “causa ajena”

Uno de los temas más conflictivos en materia de relaciones de consumo es establecer los alcances de las eximentes como limitativas o exonerativas de responsabilidad del proveedor, ya que las mismas deben ser meritualmente restringidas, dada la situación de vulnerabilidad del consumidor, y relacionadas con el cumplimiento adecuado de los deberes de seguridad y el criterio interpretativo *in dubio pro consumidor*⁽¹⁴⁾.

El bagaje de eximentes que se le presentan al legitimado pasivo es variado y cada una de estas se explican en la dimensión negativa de los presupuestos de la responsabilidad civil que se le pretende endilgar. Vale decir, todos los elementos del deber de responder –daño, relación adecuada de causalidad, factor de atribución y anti-juridicidad– reconocen dos manifestaciones –una positiva o negativa– al modo de dos caras de una misma moneda dependiendo de la posición en la que se ubique la mirada. Así, en la posición del legitimado activo los presupuestos adscriben a una formulación positiva o asertiva, dado que la confirmación de cada uno de ellos justifica el desplazamiento patrimonial del daño, sin que ello obste a que, en la piel de quien resiste a la atribución de responsabilidad, la desacreditación de todos los elementos –en dimensión negativa– se erija como un objetivo central a obtener.

Con meridiana claridad lo han expresado Mosset Iturraspe y Piedecosas, quienes exponen que “no debe hablarse de eximir o exonerar la responsabilidad, sino como una consecuencia de haber fallado antes uno de los elementos con los que la misma se construye. No se es responsable porque no se es autor, o porque existió o se justificó la antijuridicidad, o porque medió una causa de inculpabilidad, o porque el daño fue aceptado o se interrumpió el vínculo de causalidad, etcétera”⁽¹⁵⁾.

En el tópic que nos convoca, se enlaza notablemente la problemática de las eximentes de responsabilidad con el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad que dimana de la inobservancia a la obligación de seguridad por parte del proveedor. Como dijimos, este deber tiene en todos los casos el carácter de un deber de resultado, lo que obliga al proveedor a acreditar la existencia de una imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta para eximirse de responder⁽¹⁶⁾ y, por devenir en una obligación de resultado, se infiere que no pueda liberarse el legitimado pasivo acreditando su comportamiento prudente, diligente⁽¹⁷⁾.

De allí que solo pueda escudarse el legitimado pasivo esgrimiendo “causa ajena”, sobre la cual López Herrera barrunta que para romper el nexo de causalidad debe existir una causa ajena al responsable que lo interrumpa o, en otras palabras, entre la causa puesta por el demandado debe existir otra que aniquile, altere o disminuya sus

consumeril: PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2017, t. I, p. 331; PICASSO, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 271; UBLRÍA, Fernando A., *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 208; CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, ob. cit., p. 864; OSSOLA, Federico A., *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 127; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Derecho de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 819; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 305; GALDÓS, Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel, *Vigencia y resistemización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial*, *Diario La Ley* del 09/06/2021, 1, Cita Online: AR/DOC/1623/2021; NEGRI, Nicolás J., *Responsabilidad civil contractual*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. I, pp. 352-353; WIERZBA, Sandra M., *Manual de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 594; BURGOS, Débora - MAGLIO, María C. - MARINO, Abel E. - SILVESTRE, Norma O., *Obligaciones*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 247; SAUX, Edgardo I., *El deber de seguridad en la responsabilidad contractual*, *JA* 2004-III-364, Cita Online: 0003/010799.

(14) LOVECE, Graciela I., “Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresarial”, *La Ley* 2016-D, 549, Cita Online: AR/DOC/2349/2016.

(15) MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2016, t. IV, p. 10, con cita de Tamayo Jaramillo.

(16) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R. J., *Tratado de derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 414; GAGLIARDO, Mariano, *Obligación de seguridad y factor de garantía (a propósito de la responsabilidad de los establecimientos educativos)*, *El Derecho* 264-354, Cita Online: ED-DCCLXXV-585.

(17) Cfr. RAMOS MARTÍNEZ, María F., *Responsabilidad por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad en las operatorias bancarias*, *RCyS* 2014-I, 31, Cita Online: AR/DOC/3937/2013.

efectos, de ahí que se la defina como todo hecho o acontecimiento extraño y no imputable al responsable que tiene por efecto esencial alterar el nexo causal, exonerando de responsabilidad o al menos atenuándola⁽¹⁸⁾.

Entonces, en lo tocante al factor de atribución objetivo que involucra esta hipótesis habrá de acreditarse –art. 1734, CCCN– por el legitimado pasivo la causa ajena que tenga la virtualidad suficiente de quebrar el nexo causal para eximir o limitar su responsabilidad, para lo cual se podrá recurrir a tres eximentes particulares: el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero por el cual no debe responderse y el hecho del damnificado. Asimismo, se memora que la ley 24.240 le otorga un rol central al caso fortuito o fuerza mayor en demérito de las restantes eximentes, dado que en el artículo 10 bis alude exclusivamente al *casus* como eximente.

Vale recordar que el caso fortuito o fuerza mayor alude al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (art. 1730), asimilado en su configuración al hecho del tercero –el cual debe reunir para eximir de responsabilidad los caracteres del caso fortuito (art. 1731)– y, finalmente, el hecho del damnificado habrá de tener incidencia en la producción del daño para excluir o limitar la responsabilidad (art. 1729) con la aclaración de que, sobre este último, la Corte Suprema ha exigido que debe revestir, a los efectos de tener aptitud para eximir de responsabilidad, las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor⁽¹⁹⁾.

En tren de interpretar la virtualidad de las eximentes de responsabilidad en derredor del deber de seguridad, compartimos el entendimiento de Muñoz, quien pone de resalto que para evaluar en el caso el incumplimiento del deber de seguridad por el que debe velar el proveedor en una relación de consumo resulta útil aplicar el test de previsibilidad, **mediante el cual se puede considerar a determinado suceso apto para quebrar el nexo causal**⁽²⁰⁾.

Aquí la previsibilidad está llamada a desempeñar un rol fundamental a los efectos de dar por configurada o no la causa ajena que exima o limite la responsabilidad. Al respecto, dos aspectos podrán ser de utilidad para tamizar dicha “previsibilidad”: a) primeramente, el rol de preeminencia técnica y económica del proveedor en su carácter de tal dentro de la relación de consumo; b) luego, las características del hecho que ha acontecido –en virtud del cual se pretende endilgar responsabilidad al proveedor– también deberán ser tomadas en cuenta, ya que el modo en el cual se verifica el acaecimiento del daño, según las condiciones y tiempo y lugar, serán fundamentales para definir la posibilidad de control, anticipación exigible al proveedor en dicho devenir causal. Esto, pues la causa ajena impacta en la relación de causalidad, presupuesto que reclama necesariamente una mirada realista sobre lo que acostumbra ser valorado en el caso concreto.

Así lo ha entendido la Corte Nacional en un valioso y recordado precedente: “es menester precisar en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente, pudieron ser evitadas si se hubiese observado la conducta apropiada, pues la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias”⁽²¹⁾.

(18) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 225.

(19) CSJN, “Fernández, Alba Ofelia v. Ballejo, Julio Alfredo y Provincia de Buenos Aires s/ sumario /daños y perjuicios”, Fallos: 316:912 (1993).

(20) MUÑOZ, Matías O., “El deber de seguridad frente a al usuario de servicios bancarios”, RCyS 2020-XI, 34, Cita Online: AR/DOC/3016/2020.

(21) CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 331:819 (2008).

Entonces, dentro de dichas nociones puede engastar sin forzamientos la modalidad de contratación involucrada, o cómo se ha desenvuelto la relación de consumo en el caso y, en lo que aquí interesa, si media la presencia de una relación signada por su desarrollo en un entorno digital. Ciertamente no es inocuo el hecho de que el consumidor se ve conminado a acceder a estos medios o plataformas so pena de vérsese vedada la satisfacción de su interés y que sea el propio proveedor el que diseña y controla a su propio arbitrio el entorno digital de marras, cuya vulnerabilidad o deficiencia técnica debe ser tamizada, precisamente, en reclamos judiciales intentados contra los proveedores en donde se pone en entredicho su adecuación de funcionamiento.

La judicatura se ha hecho cargo de esta pauta de análisis tomando en cuenta que el sistema de comercio por medios electrónicos, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte⁽²²⁾. Así, no debe perderse de vista que los servicios ofrecidos bajo la modalidad “automática o electrónica” requieren por parte del cliente un plus de confianza⁽²³⁾ de modo que dichas condiciones exigen acentuar la protección de la confianza del consumidor frente a la grave vulnerabilidad que produce el entorno digital⁽²⁴⁾.

Entonces, las particularidades fácticas del evento dañoso permitirán definir, primordialmente, la imprevisibilidad e inevitabilidad del *casus*, criterios que no configuran recaudos atemporales, inmutables o de significación invariable, sino que deben ir mutando, para seguir de cerca las posibilidades tecnológicas disponibles para el deudor, de acuerdo a sus medios y circunstancias, no siendo tampoco admisible que se le exija al deudor un estándar de previsibilidad ajeno a sus posibilidades, o que compute facilidades tecnológicas que no estaban disponibles al momento del suceso reputado imprevisible, en el lugar donde este se produjo⁽²⁵⁾.

Al unísono, dichas características de ocurrencia autorizarán a tener por probada o no, en su caso, la idoneidad de la incidencia causal de la causa ajena a los efectos de eximir o atenuar la responsabilidad civil endilgada tomando en consideración no solo las particularidades del régimen de protección del consumidor, sino también del desarrollo de la relación de consumo a través de un entorno digital.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

(22) CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique Martín y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios”, RCyS 2014-I, 27, Cita Online: AR/JUR/55788/2012.

(23) CCiv., Com. y Minería, Viedma, 11/05/2009, “Bilbao, Ismael Ceferino c. Banco Santander Río”, La Ley Cita Online AR/JUR/15008/2009.

(24) HERNÁNDEZ, Carlos A., “El derecho del consumidor y los entornos digitales”, JA del 14/07/2021, 4, Cita Online: AR/DOC/1656/2021.

(25) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, La Ley 2015-C, 933, Cita Online: AR/DOC/1563/2015.

El botón de arrepentimiento en los contratos electrónicos de consumo - Resolución 424/2020

por SERGIO W. VERDURA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. BENEFICIOS Y RIESGOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. – 3. MARCO REGULATORIO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DIGITAL. – 4. LA FACULTAD DE ARREPENTIMIENTO Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DEL BOTÓN DE ARREPENTIMIENTO. – 5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE REVOCAR. ¿REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN O REVOCACIÓN DEL CONTRATO? – 6. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL ARREPENTIMIENTO. – 7. ALGUNOS DE LOS EFECTOS DEL EJERCICIO DEL ARREPENTIMIENTO. – 8. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Con fecha 1 de octubre, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación dictó la res. 424/2020 (APN-SCI MDP), por la cual se ordenó a quienes comercialicen productos o servicios mediante páginas o aplicaciones web colocar un link de acceso fácil y directo, desde la página de inicio y en lugar destacado, al que llamó “Botón de Arrepentimiento”.

Sin lugar a dudas, este “botón” resulta sumamente útil y contribuye a garantizar los derechos de los usuarios y consumidores que utilizan medios electrónicos, en un marco de crecimiento exponencial de la actividad, que los coloca en una desigualdad con el proveedor mayor a la que puede existir en un comercio físico y en muchos casos en estado de gran vulnerabilidad. Las técnicas de captación de clientes se perfeccionan a diario, al igual que los recursos mediante los cuales se induce al usuario a tomar decisiones rápidas e irreflexivas para no perder ofertas o beneficios, sin poder verificar los términos y condiciones de la contratación que suelen estar contenidos en extensos cuerpos de texto, no siempre fácilmente accesibles. A ello se suma que gran parte de la población desconoce el uso correcto de la tecnología y puede llegar a contratar, cuando los datos de algún medio de pago ya se encuentran cargados en el dispositivo, aun sin darse cuenta.

En la última década, ha cobrado gran auge el denominado e-commerce mediante la realización de transacciones a través de medios digitales. Ciertamente, este proceso se acentuó aún más a lo largo del año 2020 debido a la declaración del Covid-19 como pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud.

En este marco, los consumidores debieron acceder al entorno digital para satisfacer sus necesidades esenciales y no esenciales, y los proveedores ampliaron sus ho-

rizontes tanto para comenzar a ofrecer sus productos o servicios en los entornos digitales, si aún no habían incurrido en ellos, como para optimizar sus ofertas y publicidades a los fines de obtener un mejor posicionamiento en el mercado.

2. Beneficios y riesgos del comercio electrónico

El comercio electrónico ofrece a sus usuarios la posibilidad de acceder desde cualquier lugar del mundo con solo disponer de una conexión a Internet; al no necesitar el proveedor una gran infraestructura permite una reducción de los precios, la posibilidad de acceder a ciertos productos y servicios de manera permanente, sin considerar las fronteras territoriales ni las diferencias horarias.

Asimismo, disminuyen los costos administrativos, la comunicación entre las partes se vuelve más ágil y la oferta de un mismo producto o servicio se incrementa, pudiendo compararse precios y calidades entre un mayor número de establecimientos.

Los beneficios del comercio electrónico pueden incluso superar la escala individual y contribuir al bienestar general de la sociedad.

La contratación electrónica genera riesgos, algunos de los cuales no difieren respecto de la contratación tradicional y otros propios de esa modalidad. El mayor de los riesgos es la falta de coincidencia entre el producto contratado de manera digital y el efectivamente recibido, ya que el consumidor no puede comprobar de manera directa y personal las características del objeto sobre el que contrata. Se agrega la falta, por parte del consumidor, de los conocimientos necesarios para utilizar los medios electrónicos, colocándolo en una situación especial de vulnerabilidad al hallarse en una posición más débil respecto de quien trata con el proveedor de manera individual. De tal modo, se genera una situación asimétrica más desbalanceada en relación con los contratos celebrados en forma personal⁽¹⁾.

Una de las mayores debilidades se da por falta de información suficiente, quizás el derecho que el consumidor mayormente desconozca sea el denominado “derecho de arrepentimiento”. Esta afirmación surge de la errónea creencia de que, para devolver la cosa recibida o dar de baja el servicio, es necesaria una falla que evidencie el incorrecto funcionamiento o la mala calidad de aquella, o bien, una deficiencia en la prestación del servicio. Es decir, la creencia de que la posibilidad de arrepentirse se encuentra condicionada a la existencia de una causa que justifique la extinción del contrato celebrado.

Evidentemente, los proveedores brindan insuficiente o nula información respecto de este derecho, por lo que es confundido con el régimen de las garantías legales.

3. Marco regulatorio de protección al consumidor en el ámbito digital

En la Argentina existe un vasto marco normativo que protege a los consumidores en los entornos digitales. Podemos mencionar:

1. Las directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, que establecen que los consumidores que recurran al comercio electrónico deben tener un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio (arts. 5º, inc. j], y 63), que se debe fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico (art. 63) y se debe garantizar que los consumidores estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital (art. 64) y se sugiere adoptar los criterios de las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE);

2. La Normativa del Mercosur: la res. 21/04 del Grupo Mercado Común, que tutela del derecho-obligación de información, los medios técnicos para identificar y corre-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUIÑAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho-digital.com.ar.

(1) GHERSI, Carlos A., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 366.

gir errores de introducción de datos antes de efectuar la transacción y la regla del “doble clic” en materia de consentimiento y la res. 37/2019 del Grupo Mercado Común, que profundiza en materia del derecho a la información, establece también reglas sobre la redacción de los contratos, la posibilidad de medios técnicos para conocimiento y corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción, la posibilidad del ejercicio del derecho de arrepentimiento o retracto en los plazos que establezca la normativa aplicable y la obligación del proveedor de proporcionar un servicio eficiente de atención de consultas y reclamos de los consumidores y establece también que los Estados parte propiciarán que los proveedores adopten mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo, a fin de que los consumidores puedan obtener satisfacción a sus reclamos, considerándose especialmente los casos de reclamación por parte de consumidores en situación vulnerable y de desventaja y que en las actividades relacionadas con el comercio electrónico transfronterizo las agencias de protección al consumidor u otros organismos competentes de los Estados partes procurarán cooperar entre sí para la adecuada protección de los consumidores.

3. La ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), que establece el paralelismo de las formas en materia de rescisión, respecto los contratos celebrados por medios electrónicos (art. 10 ter), la instrumentación por escrito, informando el derecho de arrepentimiento (art. 34) y el derecho de arrepentimiento (art. 34);

4. El Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone la instrumentación por escrito, con cláusulas comprensibles y autosuficientes y redacción clara, completa y fácilmente legible y prohibición de reenvíos (art. 985), la obligación del proveedor de 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 (art. 1107), que 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 y que el oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación (art. 1108), la regulación del lugar de cumplimiento y prohibición de la cláusula de prórroga de jurisdicción (art. 1109) y el derecho de arrepentimiento (arts. 1110 a 1116);

5 La Secretaría de Comercio Interior dictó varias medidas tendientes a proteger los derechos de los consumidores en el entorno digital, tales como la Resolución 270 de fecha 4 de septiembre de 2020 de la Secretaría de Comercio del Interior, que incorporó al ordenamiento jurídico nacional la Resolución 37 de fecha 15 de julio de 2019 del Grupo Mercado Común del Mercado Común del Sur (Mercosur), relativa a la protección al consumidor en el comercio electrónico, con el objeto de que las instituciones encargadas de regular las normas de protección de los consumidores resulten eficaces; la Resolución 271 de fecha 4 de septiembre de 2020 de la Secretaría de Comercio del Interior, que estableció la obligación por parte de los proveedores de publicar los ejemplares de los contratos de adhesión en sus páginas web, así como también incorporar el denominado “botón de baja” con precisiones técnicas en cuanto a su visibilidad y tamaño, a los efectos de rescindir los contratos celebrados en el entorno digital; la Resolución 424 de fecha 1 de octubre de 2020 de la Secretaría de Comercio del Interior, que dispuso la obligación por parte de los proveedores de tener publicado en sus sitios web el link denominado “botón de arrepentimiento” para solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado y, por último; la Resolución 449 de fecha 23 de octubre de 2020 de la Secretaría de Comercio del Interior, que establece la obligación de informar en sus puntos de venta, y de poseer, en sus páginas web, todos los medios de pago que los proveedores aceptan, sean electrónicos y/o de cualquier otro tipo.

4. La facultad de arrepentimiento y su concreción a través del botón de arrepentimiento

La LDC (24.240) establece que el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez [10] días corridos contados a partir de la fecha en que se

entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna (art. 34).

En el mismo sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que, 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. Agrega que las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos (art. 1110, CCyC).

Este derecho adquiere una especial relevancia en materia de contratación electrónica, particularmente en la adquisición de bienes materiales a través de internet, ya que estos únicamente pueden ser visualizados a través de imágenes (muchas veces editadas). El consumidor recién toma contacto con el producto una vez que lo recibe en su domicilio o lo retira del lugar pactado, momento a partir del cual recién podrá verificar sus características, siendo más que razonable que se le conceda esta oportunidad⁽²⁾.

En el ámbito del derecho comparado, suele aludirse al instituto en examen como “desistimiento”. Se ha expresado que su función es permitir al consumidor, en el marco de una compra a distancia, valorar e inspeccionar las cosas que no pudo ver cuando contrató, pudiendo dejar sin efecto el negocio jurídico realizado si así lo estima conveniente⁽³⁾.

Este derecho de arrepentimiento a favor del consumidor es irrenunciable, siendo nulo todo pacto que limite o imposibilite su ejercicio, poniendo en evidencia el carácter de orden público de la normativa y su indisponibilidad⁽⁴⁾.

Para que el consumidor o usuario puedan ejercer en debida forma este derecho de revocación, es importantísimo que ellos conozcan previamente su existencia, así como también los presupuestos que rodean su ejercicio.

Por esa razón, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1111, dispone: “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”.

En tal sentido, la Secretaría de Comercio Interior dicta en fecha 1 de octubre de 2020 la res. 424/2020 que consagra la obligatoriedad de instauración del “botón de arrepentimiento” por parte de todos aquellos proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web, en atención a lo previsto por los arts. 1110 del CCyC y 34 de la LDC.

El consumidor cuenta, a partir de la instauración del botón de arrepentimiento, con una herramienta, sencilla y ágil que le permite arrepentirse de la celebración de un contrato utilizando la misma vía que utilizó para su perfeccionamiento, evitando que los proveedores para extinguir el contrato le impongan condiciones especiales más gravosas⁽⁵⁾.

Art. 1º – Establécese que los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web deberán tener publicado el link denominado

(2) BIELLI, G. E. - ORDÓÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos de consumo y el ‘botón de arrepentimiento’. Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas”, TR LALEY AR/DOC/3442/2020.

(3) RUIZ ESPINOSA, José, *Defensa del consumidor en la contratación a distancia*, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2015, p. 270.

(4) STIGLITZ, R., en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. III, p. 511.

(5) En sentido similar, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor dispone: “Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible. A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servicios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

“**BOTÓN DE ARREPENTIMIENTO**”, mediante el cual el consumidor podrá solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado, en los términos de los Artículos 34 de la Ley Nº 24.240 y 1.110 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A partir de la solicitud de revocación de la aceptación, el proveedor dentro de las VEINTICUATRO (24) horas y por el mismo medio, deberá informar al consumidor el número de código de identificación de arrepentimiento o revocación.

Las pautas establecidas en el presente artículo no obstan a las previsiones estipuladas en la Ley Nº 24.240 y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En su art. 2º la resolución agrega que el botón de arrepentimiento deberá ser un link de acceso fácil y directo desde la página de inicio del sitio de internet institucional de los sujetos obligados y ocupar un lugar destacado, en cuanto a visibilidad y tamaño, no dejando lugar a dudas respecto del trámite seleccionado.

Art. 2º – El “**BOTÓN DE ARREPENTIMIENTO**”, deberá ser un link de acceso fácil y directo desde la página de inicio del sitio de Internet institucional de los sujetos obligados y ocupar un lugar destacado, en cuanto a visibilidad y tamaño, no dejando lugar a dudas respecto del trámite seleccionado.

Asimismo, al momento de hacer uso del Botón, el proveedor no podrá requerir al consumidor registración previa ni ningún otro trámite.

Se entiende que dicho botón que haga las veces de enlace deberá ser sumamente notorio, revistiendo un carácter diferencial en lo relativo a colores, tamaño y tipo de texto dentro de la página del sitio web.

La inclusión del botón en el sitio web en nada modifica la obligación del proveedor de brindar la información sobre el ejercicio de esta facultad de revocación de la aceptación. En otras palabras, se trata de dos mecanismos independientes y no excluyentes entre sí, absolutamente complementarios, previstos para garantizar la efectividad del derecho al arrepentimiento.

Así, este botón cumple una doble finalidad en materia de contratos de consumo electrónicos. Por un lado, constituye una expresión más del derecho a la información y, específicamente, de todo aquello vinculado a retractación, simplificando en un ícono o imagen los rígidos términos de los preceptos legales para que puedan ser comprendidos por sus destinatarios. Y, por otro, se transforma en un atajo de suma importancia para poder materializar este derecho del consumidor reconocido por el legislador, evitando que sucumba en largas y tediosas condiciones generales de contratación que suelen no ser leídas por los usuarios de las plataformas⁽⁶⁾.

A su vez, la normativa aclara que, al momento de hacer uso del botón, el proveedor no podrá requerir al consumidor registración previa ni ningún otro trámite. La cuestión no es menor, a fin de que el consumidor que desee dejar sin efecto el contrato, no se encuentre con obstáculos para extinguir el mismo. Es habitual que los consumidores se encuentren con verdaderas prácticas abusivas de parte de los proveedores, tendientes a impedir la baja de un servicio o que se deje sin efecto un contrato⁽⁷⁾.

Eso sí, tampoco podemos negar que es habitual en los portales de comercio electrónico que se exija el registro previo de los usuarios como una medida de seguridad tendiente a identificar al sujeto contratante, por lo que es complejo trazar una regla rígida al respecto, sino que más bien habrá que estarse a los antecedentes de cada operatoria en particular.

A partir de la solicitud de revocación de la aceptación, el proveedor, dentro de las veinticuatro horas y por el mismo medio, deberá informar al consumidor el número de código de identificación de arrepentimiento o revocación.

Se hace aquí referencia al número de seguimiento de trámite, con el objeto de que el consumidor pueda tener cierta trazabilidad en lo referente al arrepentimiento formulado.

(6) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos de consumo y el ‘botón de arrepentimiento’”. Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas”, TR LALEY AR/DOC/3442/2020.

(7) GARZINO, M. Constanza, “El botón de arrepentimiento. La eficacia del derecho de revocación de la aceptación de la oferta en la contratación electrónica”, en Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=30921dc4df5933fb090a93434125b6ab#indice_3

5. Naturaleza jurídica de la facultad de revocar. ¿Revocación de la aceptación o revocación del contrato?

El botón de arrepentimiento resulta la vía adecuada para canalizar la facultad de arrepentimiento dentro de los contratos electrónicos de consumo y nos enfrenta a la necesidad de establecer si el arrepentimiento es de la aceptación o del contrato.

El arrepentimiento, sus requisitos de ejercicio y sus efectos están regulados en los arts. 1110 a 1116 del CCyC, y en el art. 34 de la LDC. En ellos, se alude a la figura como “revocación de la aceptación”. Sin embargo, se trata técnicamente de una ineficacia sobreviniente del contrato y no de revocación de la aceptación en cuanto término del consentimiento contractual. De ser así, el art. 1110 debería vincularse más al art. 991 que al instituto de los arts. 1077 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación⁽⁸⁾.

Si bien la terminología legal parecería emplazar esta figura en el plano precontractual, existe acuerdo doctrinario en postularla como un supuesto de ineficacia contractual. Se estima que una consecuencia práctica de este encuadramiento reside en evitar que el consumidor sea equiparado a un administrador de bienes ajenos (con su consiguiente agravamiento de responsabilidad), que operaría en caso de calificar como precontractual el tramo existente entre la entrega de la cosa y la consolidación del negocio⁽⁹⁾.

La morigeración de la fuerza vinculante del contrato se justifica debido a que el legislador ha querido conceder un lapso dentro del cual el consumidor pueda verificar si la prestación por la cual prestó su consentimiento coincide con la efectivamente recibida. Se trata de un instituto que rompe con la concepción clásica del contrato, al darle la posibilidad de volver sobre su decisión y desligarse unilateralmente de un vínculo negocial ya perfeccionado⁽¹⁰⁾.

La doctrina discrepa en torno a su verdadera naturaleza jurídica, afirmándose que se trata de un “consentimiento a marcha lenta”⁽¹¹⁾; para otros, “un contrato con cláusula de opción”⁽¹²⁾; o bien “una operación sujeta a condición suspensiva”⁽¹³⁾; o el “encuadramiento como venta a satisfacción del comprador”⁽¹⁴⁾.

También se afirmó que se trata de “una operación celebrada bajo condición resolutoria, toda vez que el contrato ya se encuentra celebrado con la aceptación, pero, en caso de acaecer el hecho futuro (que el consumidor ejerza su facultad de forma válida), se trataría de una condición resolutoria meramente potestativa que depende de la sola voluntad del consumidor (acreedor) por medio de la cual se pone fin al contrato ya formado. El contrato será resuelto retroactivamente, sin que implique ningún tipo de responsabilidad por parte del consumidor (salvo aquella que se derive de los daños que ocasione a la cosa mientras esté en su poder)”⁽¹⁵⁾. Esta teoría ha sido criticada, dado que lo que caracteriza a la condición resolutoria es que las partes sujetan los efectos del contrato a un acontecimiento futuro e incierto y en el derecho de revocación esto no sucede, ya que se hace depender los efectos a la voluntad del consumidor de ejercer o no este derecho. Además esta concepción no es viable a tenor del efecto *ex nunc* ahora previsto en el art. 346 del Código Civil y Comercial de la Nación, para la condición resolutoria, salvo que se pacte lo contrario.

(8) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El contrato de consumo celebrado a distancia y la facultad de revocar”, LOnline, AR/DOC/580/2016, p. 5.

(9) CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “El arrepentimiento en el derecho de consumo”, LOnline, AR/DOC/1172/2009, p. 2.

(10) HERNÁNDEZ, Carlos A. - ESBORRAZ, David F., “La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, JA, 1997-III-662, ps. 24 y ss.

(11) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada, con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 569.

(12) DE LORENZO, Miguel F., “El derecho al arrepentimiento en la Ley de Defensa del Consumidor de la Argentina”, en www.personaedanno.it.

(13) Mencionada por ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 108.

(14) CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “El arrepentimiento en el derecho del consumo”, LA LEY 20/04/2009.

(15) FARRAPEIRA, Lucas T. - PERALTA, Juan M., “Reflexiones sobre la reforma del Código Civil: contratos de consumo celebrados fuera del establecimiento del proveedor”, 27/03/2013, MJ-DOC-6289-AR | MJD6289.

Otros autores sostienen que la naturaleza jurídica del instituto es la de un acto jurídico unilateral llamado “revocación” que es, en definitiva, un acto jurídico unilateral e incausado que, a partir de la previsión legal o contractual que lo autoriza, produce efectos extintivos *ex nunc* sobre actos jurídicos unilaterales o bilaterales gratuitos, aunque también se aplica a algunos supuestos onerosos como los de consumo. La ley la autoriza para equilibrar la situación de inferioridad al contratar que soporta el consumidor “sorprendido” (art. 1004), o el que no pudo efectuar un examen material de la cosa (art. 1005) y solo tuvo su representación virtual⁽¹⁶⁾.

Entiendo, también, que podríamos encontrarnos ante un supuesto de rescisión unilateral que es otra de las ineficacias sobrevinientes contempladas por el art. 1077 del CCyC. La rescisión unilateral junto con la revocación son las dos únicas de las ineficacias que contemplan su ejercicio discrecional, es decir, sin la necesidad de invocar una causa, pero no se me escapa que la primera está pensada para los contratos de larga duración o tracto sucesivo.

Según la postura de mayor peso en doctrina, podemos concluir que el arrepentimiento contemplado tanto en la ley 24.240 como en el CCyC, se trata de una revocación del “contrato” y no de una revocación “de la aceptación” en cuanto término del consentimiento contractual, como erróneamente lo expresan los arts. 1110 y 34 de la ley 24.240.

Un instituto es la “retractación” de la oferta o de la aceptación, en la que por no llegar todavía a conocimiento de la otra parte resulta disponible por el emisor de suerte que puede retractarla sin responsabilidad alguna (arts. 975 y 981), y otro la “revocación” de la oferta o de la aceptación, que debe ser legítima y puede generar responsabilidad precontractual.

No corresponde, por ende, enunciar el instituto como revocación de la aceptación, sino como revocación del contrato.

6. Condiciones para el ejercicio del arrepentimiento

El arrepentimiento, sus requisitos de ejercicio y sus efectos están regulados en los arts. 1110 a 1116 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y en el art. 34 de la LDC, ellos son:

- **El plazo.** La facultad del consumidor de arrepentirse se extiende por el término de diez [10] días contados desde la fecha de celebración del contrato o de la entrega del bien, cuando la aceptación es posterior a ella (arts. 1110, CCyC y 34, LDC). La normativa contempla el eventual “desfasaje” temporal entre la entrega de la cosa o la prestación del servicio y la instrumentación del contrato, por lo que deberá tomarse en cuenta lo último que suceda⁽¹⁷⁾.

El plazo se cuenta por días corridos y, si el término cae en día inhábil, queda automáticamente prorrogado al hábil siguiente. Debe considerarse el calendario de días hábiles o inhábiles correspondiente al del lugar del cumplimiento, pues en ocasiones ellos difieren de una provincia a otra⁽¹⁸⁾.

- **La forma.** El ejercicio de esta facultad por parte del consumidor está exenta de formalidades. Puede ser notificada al proveedor por escrito o, con base en el principio de “igualdad de armas”, admite ser notificada por los mismos medios electrónicos que constituyen el soporte de la oferta⁽¹⁹⁾. Asimismo, puede ejercerse tácitamente, devolviendo la cosa durante el transcurso del plazo de arrepentimiento (art. 1112, CCyC).

La implementación del botón de arrepentimiento, establece una forma simple y ágil para ejercer este derecho, en tal sentido el art. 2 de la res. 424/2020 dispone que el “botón de arrepentimiento”: “deberá ser un link de acceso fácil y directo desde la página de inicio del sitio de Internet institucional de los sujetos obligados y ocupar

un lugar destacado, en cuanto a visibilidad y tamaño, no dejando lugar a dudas respecto del trámite seleccionado.

Asimismo, al momento de hacer uso del Botón, el proveedor no podrá requerir al consumidor registración previa ni ningún otro trámite”.

La lógica indica que su utilización debería encontrarse disponible únicamente durante el lapso legal válido para el retiro de la aceptación, vale decir, diez días corridos contados desde la entrega del bien o la celebración del contrato, según lo que acontezca en último término. Las grandes ventajas que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones permitirían inclusive que se enseñe el tiempo útil para utilización de la opción a modo de cuenta regresiva, por ejemplo, “le quedan tantos días para arrepentirse de la operación”, y así sucesivamente⁽²⁰⁾.

- **El carácter irrenunciable.** La facultad consagrada a favor del consumidor no puede ser dispensada ni renunciada (art. 34, LDC), constituyéndose así una ratificación de los principios que surgen de los arts. 988 y 1119 del CCyC, y 37 de la LDC, en cuanto a que se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen una renuncia o restricción de los derechos del consumidor. A su vez, el propio texto del Código establece que “se tienen por no escritos” cualquier clase de pacto que signifique la imposibilidad del consumidor de ejercitar este derecho (art. 1110, CCyC).

- **Su discrecionalidad.** El ejercicio de este derecho es totalmente discrecional y, por ende, no es necesaria alegación de causa alguna. La nota de discrecionalidad es la expresión de la máxima libertad para el consumidor en orden a poner fin a una relación jurídica. No obstante, la ignorancia de este derecho por parte de los consumidores en cuanto a la discrecionalidad del mismo y lo innecesario de alegar una causa conspira con su ejercicio, demostrando la falta de difusión y educación de los consumidores con respecto a sus derechos.

7. Algunos de los efectos del ejercicio del arrepentimiento

El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes emergentes del contrato celebrado tornándolo ineficaz. A su vez, deberán restituirse recíproca y simultáneamente las que sí han cumplido (art. 1113, CCyC). El reintegro comprende todos los importes recibidos, lo que permite incluir gastos de envío, comisiones, entre otros, y será efectuado por el mismo medio de pago que el empleado en la contratación⁽²¹⁾. En definitiva, se trata de ubicar a las partes en la situación económica que ocuparían si el contrato no se hubiese celebrado⁽²²⁾. Legalmente, no existe un plazo para hacer efectiva la devolución de las sumas pagadas; se considera que se trata de una obligación pura y simple, por lo que resulta inmediatamente exigible al proveedor, y la comunicación del ejercicio del derecho de arrepentimiento tiene valor de constitución en mora.

- **Conexidad contractual.** Los efectos liberatorio y restitutorio se propagan igualmente respecto de los negocios jurídicos conexos. Se trataría del supuesto en el cual al contrato a distancia desistido se le hubiese vinculado un contrato (también a distancia) de servicios financieros prestados por el mismo proveedor, o por un tercero previo acuerdo con el proveedor. El contrato adicional también se extinguirá, sin penalización alguna⁽²³⁾.

En virtud de lo establecido en los arts. 1073, 1074 y 1075 del CCyC, y art. 36 de la LDC, el consumidor frente a quien le concedió el crédito puede ejercer todos los derechos que le correspondan frente al vendedor. La extinción del contrato de crédito, celebrado con el empresario o con el tercero, proviene de la desaparición sobrevinida del que constituye su base, que es el contrato a distancia⁽²⁴⁾.

- **Ausencia de gastos.** El ejercicio del derecho de arrepentimiento no debe generar gastos para el consumidor,

(16) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El contrato de consumo celebrado a distancia y la facultad de revocar”, LOnline, AR/DOC/580/2016, p. 5.

(17) WAJNTRAUB, Javier H., “Contratos de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI, p. 284.

(18) STIGLITZ, Rubén, “Art. 1112.- Forma y plazo para notificar la revocación”, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 516.

(19) TAMBUSSI, Carlos E., “Juntos a la par: las normas sobre comercio electrónico en el nuevo Código y la proyectada ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la Defensa del Consumidor”, LOnline, AR/DOC/5077/2015, p. 3.

(20) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos de consumo y el ‘botón de arrepentimiento’. Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas”, TR LALEY AR/DOC/3442/2020.

(21) REYES LÓPEZ, María J., “La reforma introducida en el TRLGDCU por ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, febrero, 2015, p. 288.

(22) ARROYO APARICIO, Alicia, “Los consumidores ante los contratos a distancia”, en *Revista de Derecho UNED*, 6, 2010, p. 82.

(23) STIGLITZ, Rubén S., “Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial*, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 431.

(24) ARROYO APARICIO, ob. cit., p. 82.

por lo que no deberá reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa por su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza. Además, tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en la cosa (art. 1115, CCyC).

8. Conclusiones

La implementación del botón de arrepentimiento mediante la res. 424/2020 vino reforzar considerablemente las garantías que actualmente rodean al ejercicio del derecho de arrepentirse del consumidor, ofreciendo una solución práctica y sencilla para su uso en la comercialización de bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web (e-commerce).

El denominado botón cumple una doble finalidad en materia de contratos de consumos electrónicos. Por un lado, constituye una expresión más del derecho a la información y, específicamente, de todo aquello vinculado a retractación, simplificando en un ícono o imagen los rígi-

dos términos de los preceptos legales para que puedan ser comprendidos por sus destinatarios. Y, por otro, simplifica el ejercicio del arrepentimiento, evitando que el consumidor se convierta en víctima de prácticas abusivas que le dificulten la revocación del contrato.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA