

## DERECHO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE BIENES Y SERVICIOS INFORMÁTICOS

Bibiana Beatriz LUZ CLARA\*

*Constituye para mí un gran honor participar en esta obra en homenaje a un notable profesor y jurista, y un gran amigo y compañero de cursos y congresos, por quien siento un gran respeto y aprecio.<sup>1</sup>*

Para este artículo, elegí un tema, en el cual desde hace varios años me encuentro trabajando, en la dirección de un equipo de investigación y estudio universitario,<sup>2</sup> de uno de esos temas que constituyen algunos de los llamados derechos de última generación y que han aparecido como consecuencia del impacto de las nuevas tecnologías de información en la sociedad y, por lo tanto, también en el derecho.

Específicamente, el objeto de nuestro estudio es el derecho de defensa del consumidor de bienes y servicios informáticos, y la contratación digital, con la finalidad de tener un panorama claro de cómo se llevan a cabo dichas operatorias y poder ayudar a educar al ciudadano, en la defensa y protección de sus derechos elementales, pero que a menudo se desconocen, por efecto del rápido cambio en los modelos de contratación de base tecnológica, que lejos de quedar estáticos por largo tiempo, como ocurría antiguamente, mantienen una aceleración creciente producto de la materia específica que buscan tutelar los servicios informáticos, el *software* y diversos tipos de contrataciones en entornos digitales.

Producto de esta investigación es la formulación y posterior redacción de una guía de recomendaciones<sup>3</sup> que dichos consumidores podrán tener en cuenta al momento de contratar, orientada a darles las pautas básicas que deberían considerarse para llevar adelante en un marco jurídico adecuado sus operaciones minimizando los riesgos que pueden correrse por falta de formación o información.

---

\*Profesora e investigadora de la Universidad FASTA; Presidente del Instituto de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Mar del Plata; miembro del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata

<sup>2</sup> Grupo de Investigación que dirijo perteneciente a la Universidad FASTA de Mar del Plata, Argentina.

<sup>3</sup> Formulada en el año 2009.

La originalidad del ser humano reside en aplicar el conocimiento para la creación de herramientas que le permitan dominar su entorno cada vez con mayor eficacia.

Las herramientas tecnológicas van constantemente evolucionando en una progresión geométrica sin precedentes, que el derecho debe considerar y acompañar para que las instituciones jurídicas sigan cumpliendo su función, y es por eso que todo debe ser revisado permanentemente y adaptado a las exigencias del momento.

En cuanto a la sanción de las nuevas leyes, deben tener una técnica legislativa abierta, flexible y provista de neutralidad tecnológica, que permitan sin mayores modificaciones contemplar e incorporar los nuevos logros tecnológicos que día a día tenemos entre nosotros.

Frente a esta situación y siendo que la ley de Defensa del Consumidor 24240 vigente hasta su modificación a mediados de 2008 en Argentina, poco o nada refería a esta realidad -ni tampoco en especial su posterior modificación ley 26361- se pensó en elaborar el presente proyecto a fin de predeterminar una guía de recomendaciones a usuarios de bienes y servicios informáticos, a partir de conocer el estado de la cuestión en la ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina, por intermedio de un estudio de campo, mediante entrevistas realizadas a usuarios y proveedores, para lo cual se elaboraron cuidadosamente dos modelos de encuestas que luego fueron aplicadas a tal fin.

Para comenzar, se realizó un profundo estudio del marco teórico del tema tanto en la faz jurídica como técnica, confeccionando el correspondiente documento.

En el curso de la investigación se sancionó la nueva ley de Defensa del Consumidor 26361, lo que hubo que tener en cuenta para adaptar el trabajo al nuevo entorno legal.

Luego de encuestados los dos grupos, se procedió al análisis pormenorizado de la situación, extrayendo los datos, con la finalidad de llegar a las conclusiones.

Éstas permitieron, luego, el armado de una guía de recomendaciones que sería deseable siguiera el consumidor de bienes y servicios informáticos en sus contrataciones, ya sean presenciales o virtuales a fin de evitar situaciones no queridas, basadas, como anticipamos, en la disparidad de conocimientos entre un neófito en la materia, el cliente, y un especialista en informática - el proveedor del servicios-, en la falta de información o asesoramiento inadecuado.

Por último, se brindaron las indicaciones a seguir para la confección de un contrato tipo que contenga las cláusulas que se consideran mínimas para otorgar la debida protección.

Se trató de un trabajo de investigación que demandó dieciocho meses de labor conjunta de ingenieros y abogados con la finalidad de obtener la perspectiva más completa posible de la cuestión abordada.

El tiempo de investigación se dividió en las siguientes etapas:

Formulación y armado del marco teórico; preparación de los instrumentos adecuados para el estudio de campo; realización de las encuestas a clientes y proveedores; análisis de los resultados obtenidos; generación de la guía de recomendaciones, y preparación de un modelo de contrato tipo.

En una segunda etapa de investigación, el mismo grupo se encuentra trabajando en la actualidad específicamente en las contrataciones digitales y su problemática jurídica.

A continuación resumo la guía de recomendaciones que fue fruto de nuestra elaboración.

#### *Guía de recomendaciones*

De acuerdo con lo indicado en el marco teórico jurídico y al análisis de los datos obtenidos de clientes y proveedores, se ha elaborado la siguiente guía de recomendaciones incluyendo los principales puntos a tener en cuenta para una contratación adecuada, protegida dentro del ámbito de la legislación actual, y que resguarde las relaciones comerciales tratando de evitar situaciones disvaliosas.

1. Se recomienda la realización y firma de contratos escritos que brinden un marco de formalidad a las contrataciones. Es reconocido por los entrevistados el nivel de informalidad asociado muchas veces a la adquisición de bienes y servicios informáticos indicada esta modalidad tanto por parte del cliente como del proveedor. Es importante, por lo tanto, concientizar al cliente, el eslabón más débil en esta relación, respecto a la necesidad de exigir algún tipo de documento escrito que le permita luego defenderse en caso de sentir vulnerados sus derechos como usuario o consumidor. El contrato regirá la relación comercial entre las partes que lo llevan adelante basadas en la autonomía de la voluntad en tanto no vulneren la legislación vigente; de allí la importancia de que sea lo más completo posible teniendo en cuenta las situaciones que puedan ocurrir.

2. Se recomienda poner énfasis en el *deber de información* respecto de los distintos aspectos que hacen a la contratación, ya que se observa que existe mucho desconocimiento de parte del cliente en cuanto a los siguientes puntos: código fuente, requerimiento y manuales –sobre todo en el caso del *software*-. Independientemente del tipo de contratación que se establece entre el cliente y el proveedor, solo el 62,07% de los clientes indicó recibir información sobre los productos que adquiere. Tal como lo menciona la ley en su artículo 4:
  3. “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.”
  4. Por lo tanto, el cliente debe tomar conciencia de que recibir información respecto al producto que adquiere es un derecho, y como tal debe hacerlo valer.
  5. Se recomienda con base en lo indicado en el punto anterior solicitar información respecto de los requerimientos funcionales y no funcionales, análisis y diseño de sistemas y entrega de los manuales de usuario. La importancia de brindar información radica en el hecho de que el consumidor comprenda por qué adquiere determinado producto y saber que el mismo se ajusta a sus necesidades. Hay que considerar que el cliente no siempre conoce la terminología, el funcionamiento y las características técnicas que le permitan comparar entre productos similares como para tomar una decisión, por lo tanto, suele guiarse por lo que pueda aconsejarle el vendedor. *La información* debe tener las siguientes características: ser *concreta, previa, detallada, absoluta, clara y gratuita*, para que pueda garantizar el derecho constitucional del consumidor a elegir con libertad expresando su real voluntad.
  6. Del análisis realizado en este trabajo podemos concluir que se encuentra más formalizada la entrega de documentación en la adquisición de *software* empaquetado, cualquiera sea su fuente, que en los desarrollos a medida, donde el cliente debe exigir mayor información. Se recomienda solicitar información especialmente en los desarrollos de *software* a medida.
  7. Se recomienda *hacer del conocimiento del cliente que el código fuente es el objeto de mayor valor del programa*, y que podría solicitarse para hacer las modificaciones que fueren necesarias para él, sin depender del proveedor.
  8. Respecto a la *propiedad intelectual*, el 70% de los clientes que solicitan desarrollos a medida manifestó que la propiedad corresponde al proveedor del *software*, el 20% dijo que desconocía saber a quien corresponde esta propiedad y el 10% dijo que el *software* desarrollado se encuentra bajo la licencia de Open Source. Tal como se desprende de estos datos, nadie ha manifestado que la propiedad intelectual del *software*, sobre el que ha

solicitado un desarrollo, corresponda al cliente. Sin embargo, debería ser más usual que esta propiedad corresponda al cliente, en lugar de al proveedor. Esto es un punto importante relacionado al deber de información, que el proveedor debiera aclarar o al menos el cliente considerar al momento de contratar el desarrollo. Conforme la Ley 25036 de Propiedad Intelectual, que modifica la ley 11723, cuando el cliente contrata el servicio de un profesional para realizar el *software* y éste se encuentra bajo relación de dependencia de aquél, la propiedad del *software* le pertenece y puede registrarla a su nombre.

9. Se recomienda la *compra de hardware a proveedores especializados* en informática, quienes podrán brindar mayores datos sobre los requerimientos y utilidades que podrá obtener el cliente de los productos que adquiere, en comparación a las compras que se realizan en los locales de electrodomésticos, frente a la posible existencia de publicidad confusa o engañoso. En el caso de no ser posible, el cliente podrá aún solicitar la asistencia de un profesional especializado que lo acompañe para tomar la mejor decisión respecto de su compra.
10. Se hace saber que el cliente debe *exigir que se le entregue el correspondiente ticket o factura por la compra* de los productos, o caso contrario no tendrá los elementos necesarios en el caso de tener que realizar un reclamo. En la factura se deberán detallar los elementos adquiridos, la fecha de adquisición y el nombre del proveedor, y el precio pagado por el producto.
11. Se advierte que en general las empresas cuentan con un referente en el área informática, pero no en todos los casos se trata de un *profesional con título habilitante* por lo cual sería deseable contar con este requisito para un mejor desempeño y atención.
12. Se recomienda *fijar pautas para realizar las futuras modificaciones de software que fueran necesarias, incluir cláusulas de penalización por incumplimientos, y fondos de reserva de garantía de producto*. En el 40% de los casos, los contratos celebrados prevén la realización de modificaciones limitadas durante los primeros meses de uso. Esto sumado a que sólo en el 16,67% de los contratos están establecidas cláusulas de penalización, que en ningún caso se establecen fondos de reserva de garantía y que, además, sólo en el 21,43% de los casos están estipuladas las atribuciones de responsabilidades para cada una de las partes, se conforma, claramente, un panorama altamente desfavorable para el cliente, donde prácticamente no posee instrumentos para defenderse de un accionar desleal o un retraso importante en la entrega del producto. El 15,38% de los clientes encuestados se encuentran en esta situación de desamparo.
13. Se recomienda *requerir especial información respecto del régimen de garantía que se otorga al producto*, ya que de conformidad con la Ley de Defensa del Consumidor debe

darse garantía por los plazos de ley.(artículos 11 a 18 Ley 26361). Esto en vista de que respecto de las garantías que la empresa proveedora de *software* brinda a sus clientes, observamos que en gran medida las mismas recaen sobre el funcionamiento del producto (85,71%), la instalación del mismo (71,43%), la puesta en marcha del sistema (57,14%), y sobre capacitación (57,14 %) En este contexto, el plazo por el cual se otorgan las garantías suele ser muy variable. Hay empresas que establecen un plazo de hasta seis meses (16,67%) otras de hasta tres meses (8,33%), también están aquellas que lo fijan por un término mayor a los dos años, e incluso están las que no brindan ningún tipo de garantía (16,67%). Por ultimo, interesa destacar que prácticamente el 80% de los entrevistados manifestó no realizar extensiones de garantía.

14. Se debe conocer que *las garantías comienzan a regir desde el momento de la entrega “llave en mano” del producto*. No hay problema para determinar el momento de la entrega en el caso de productos de *hardware*, pero en el caso específico de los programas de *software* hecho a medida, se considera tal circunstancia una vez que el cliente ha probado y aceptado el producto.
15. Se recomienda la *firma de pactos o convenios de confidencialidad*, ya que el profesional de informática por el ejercicio de sus tareas llega a tomar conocimiento de datos que pueden resultar sumamente sensibles para el cliente. El 93,75% de los clientes no firma ningún código o pacto de confidencialidad con el proveedor respecto a la información a la que éste accede para poder desarrollar sus tareas; tampoco establece ninguna cláusula al respecto en el contrato firmado a tal fin. Esto es de suma importancia, considerando que el proveedor puede estar accediendo a datos de terceros que se encuentran en la base de datos del cliente, de los cuales, éste último es responsable ante la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, según lo establece esta ley. Además, ningún cliente indicó firmar un pacto de confidencialidad respecto al *know how* o conocimiento del negocio de su compañía, así como tampoco indicaron incluir una cláusula al respecto en el contrato. Es por eso que se recomienda la firma de convenios de confidencialidad respecto al acceso a la base de datos y respecto al *know how*.
16. Se debe tener especialmente en cuenta el *manejo de los datos personales* de los clientes respetando en todo las directivas de la *Ley nacional 25326* de protección de datos personales y su decreto reglamentario 1558 para no caer en situaciones no deseadas que generen litigios o multas que por manejo inadecuado aplica la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

17. Existe un cambio de paradigma respecto a la actitud de compra por parte de los consumidores, tendiente a la internacionalización, por lo que sería deseable una reforma legislativa a nivel global con *tendencia a la unificación del derecho, para brindar un marco igualitario de seguridad jurídica*. En este sentido, la UNCITRAL realiza una labor destacada en la preparación de normas uniformes en distintos temas relacionados al comercio internacional, que luego los países podrán tomar como ejemplo para sus propias leyes.
18. Se recomienda tener en cuenta que *los plazos de entrega de las mercaderías y el cumplimiento de los contratos se debe ajustar a los requisitos de la ley local*; es decir, la del lugar en donde se ejecuta el contrato.
19. Se recomienda tener en cuenta que *las compras en el exterior no están amparadas por la ley argentina*, dejando aclarado que existen dos variantes de compra: a) compra directa en el exterior en forma personal, y b) compra vía Internet desde el país de origen del comprador.
20. Se recomienda hacer saber a los consumidores que según *el artículo 2 de la Ley de Defensa del Consumidor* texto actualizado Núm. 26361, se establece que *no queda comprendido el ejercicio de profesionales liberales*; este hecho es un punto importante que debiera conocer el cliente a la hora de la contratación. Si estaría amparado de ser solicitado el servicio o desarrollo a una empresa constituida como tal. En el caso de generarse un problema con un profesional liberal, deberá acudirse al colegio profesional correspondiente a realizar la respectiva denuncia de su situación. Será dicho colegio quien tome las medidas tendientes a sancionar las conductas de sus profesionales por medio de sus tribunales de ética.
21. La ley 24.240 y su modificatoria Ley 26361 deberían prever la aplicabilidad de su normativa también a aquellos contratos en que, aun cuando *la parte “débil”* no sea consumidor final, las circunstancias permiten advertir un evidente desequilibrio o falta de equidad en el contenido de la contratación, como consecuencia de la posición dominante en el mercado de una de las partes”. Debería estar amparado todo aquel que debe someterse a condiciones impuestas, como ocurre habitualmente en la firma de *contratos de adhesión*, regulados por la ley en su artículo 38. Stiglitz, en su libro *El contrato del año 2000* plantea que el contrato del siglo XXI predominante será el que celebre la empresa monopolio “de hecho y de derecho” con el consumidor individual. Y ello presupone precisamente todo margen de la escasa libertad contractual, pues al consumidor le vendrá sustraída su posibilidad de seleccionar libremente a su co-contratante. Aclara, además, que si el contrato discrecional hoy cumple un rol residual, en el futuro habrá desaparecido, debido a que sencillamente no se adapta al concepto neoliberal. Entonces, planteada la ley como protectora en las relaciones -B2C-, Business to Consumer, deja al amparo de otras leyes la relación -B2B- Business to Business, aunque la

realidad indica que también hay disparidad en estas últimas de acuerdo con la envergadura y el conocimiento de cada una de las empresas.

22. Se recomienda tener en cuenta que por la definición de *consumidor o usuario* que brinda el artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor se considera tal a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes y servicios como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar, y a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo. Respecto a la adquisición de bienes, surge la duda sobre la diferencia que habría entre comprar una PC para uso personal y comprar una PC para uso dentro de una compañía. Lo que plantea Farina es que la ley se basa en el supuesto del momento de la contratación “para consumo propio”. Entonces, si una persona compra una computadora para uso propio y luego la llevara al lugar de trabajo no cambiarían las condiciones de protección. Distinto sería que la compañía “XX” comprara computadoras destinadas al momento de la compra a integrar un proceso de producción. Distingamos el caso de “integración de un proceso de producción”, ya que brindar agilidad o eficiencia no significa ni implica “producir”. En los casos donde se producen situaciones límites entre las compras destinadas a uso o consumo personal, o que fueren complementarias de una actividad económica se deberá estar a los efectos de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, a tomar en cuenta si al momento de la contratación fue adquirido para uso personal y no para volcarse a un proceso productivo.
23. Se recomienda *la inclusión de una cláusula de sometimiento a la justicia arbitral* en caso de litigio o conflicto entre las partes, con la finalidad de mantener un trato lo más amigable posible entre cliente y proveedor y evitar las demoras y gastos de los pleitos ante la justicia ordinaria. Para ello el Colegio de Abogados de Mar del Plata tiene un Tribunal Arbitral, que funciona adecuadamente resolviendo los casos que se le plantean sometiéndolos a previa conciliación, donde el porcentaje de acuerdos asciende al 90% de las demandas que atiende. La cláusula arbitral debe ser redactada por escrito en el contrato que vincula a las partes. Esta posibilidad está prevista en el artículo 59 de la Ley 26361.
24. Las cuestiones emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor operan en el marco de un derecho- deber, con lo cual se recomienda *tener en cuenta que* no solamente *encontramos amparo* en la normativa aludida, sino, *también*, en el marco de los artículos relativos a la *autonomía de la voluntad*, *artículo 1197, buena fe artículo 1198*, que, a su vez, tiene su base en el *abuso del derecho*, *artículo 1071*, como por tratarse de una transacción en donde en la mayoría de los casos quienes deciden desconocen la temática propio del producto o servicio, para lo cual será en algunos casos el *vicio de lesión*, *artículo 953*, todos estos artículos del Código Civil argentino, ya que la inexperiencia como factor desencadenante de perjuicios

encuentra en esta actividad un caldo de cultivo alimentado por la vertiginosidad de los cambios que se producen en el mercado de oferta de bienes.

25. Para cerrar estas recomendaciones, es interesante tener en cuenta el momento en el que nos encontramos inmersos en la esfera de la contratación:

Se advierte una doble visión de la realidad en cuanto al tema en cuestión:

- a) La visión actual: la Ley de Defensa del Consumidor se aplica más que nada a la comercialización convencional.
- b) La visión en perspectiva: con el desarrollo del comercio electrónico cambian las modalidades de compra, la actitud de las partes, los tiempos, la metodología de información y la legislación.

Del estudio de la legislación comparada también realizado para este trabajo se advierte que se limitan más los plazos del consumidor para accionar, pero ello quizás tiene una explicación cultural en la actitud de los contratantes al momento de cumplir con sus obligaciones.

Es un hecho que el mayor respeto por el consumidor se observa en comunidades como la europea, o, sin ir más lejos, en Chile, donde se ha aceptado como regla de juego un principio de respeto hacia el consumidor muy diferente que el nuestro. Esta conducta colectiva nace como consecuencia de aceptar sin hesitaciones las obligaciones fiscales derivadas del tráfico comercial. Ello ha dado como respuesta popular desde hace más de 20 años que a nadie se le ocurre como comerciante no entregar un ticket o comprobante de venta, por mas ínfimo que sea la contraprestación.

Esta conducta fiscal colabora eficazmente en implementar ciertas normas, como las derivadas de la defensa del consumidor, adecuándose mucho mas rápido que otras culturas a su aplicación.

Idéntico diagnóstico se puede hacer en Europa, en general, donde las sanciones que se aplican no sólo resultan gravosas, sino que están muy mal vistas por la sociedad en su conjunto, lo cual crea una suerte de discriminación mercantil que trae como consecuencia pérdidas de beneficios.

## **CONCLUSIONES**

Es importante dar difusión a este tema y a las recomendaciones elaboradas con la finalidad de brindar apoyo e información a la comunidad, en especial a los usuarios de *software* y servicios informáticos, a fin de que conozcan sus derechos y posibilidades de negociación en la contratación, y puedan ejercitarlos en un marco jurídico adecuado y equilibrado.

Esto toma mayor fuerza con el progresivo uso masivo de las nuevas tecnologías, donde cada vez más cantidad de datos personales se mantienen tanto en bases de datos privadas como en bases de datos públicas.

Del estudio realizado surge un casi total desconocimiento de los usuarios de *software* y servicios informáticos respecto a la necesidad de solicitar información precisa y detallada en forma totalmente gratuita sobre los objetos de sus adquisiciones, en un marco de transparencia y libertad que debe caracterizar las negociaciones en el ámbito electrónico y que promueva una mayor confianza y difusión de dichas operatorias.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Farina, Juan M, *Defensa del consumidor y del usuario*, 3a ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Lowenrosen, Flavio Ismael, “Distintas causas que han fundado la modificación a la Ley de Defensa al Consumidor Nro. 24.240, el dictado de la ley 26.361” (accedido el 15/04/2010).  
[www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar)
- Lambois, Susana E., “El consumidor y sus derechos (accedido el 14/04/2010). ”, <http://www.salvador.edu.ar>
- Piris, Cristian Ricardo, “Evolución de los derechos del consumidor” (accedido el 15/04/2010).  
[www.unne.edu.ar](http://www.unne.edu.ar)
- Mac Donald, Andrea F., “El consumidor en la era digital” (accedido el 14/04/2010).  
[www.eldial.com](http://www.eldial.com)
- [www.protecciondedatos.com.ar](http://www.protecciondedatos.com.ar) (accedido el 16/04/2010).