

Voces: CONTRATO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ~ CELEBRACION DEL CONTRATO ~ COMPRAVENTA ~ VENTA ~ VENTA DOMICILIARIA ~ COMPRAVENTA A DISTANCIA ~ DERECHO INFORMATICO ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ CONSUMIDOR ~ DERECHO DE INFORMACION ~ OFERTA ~ ACEPTACION DE OFERTA ~ CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Título: Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia

Autor: Stiglitz, Rubén S.

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 255

Cita Online: AR/DOC/4736/2014

Sumario: I. Estado anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.— II. El tema en el Código Civil y Comercial de la Nación.

I. Estado anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

1. Una técnica de comercialización: la venta domiciliaria.

Antes de ahora, hemos afirmado que la equidad en las relaciones de consumo suele quedar comprometida, habitualmente, en razón de las connotaciones abusivas o agresivas contra el consumidor, de ciertos mecanismos o técnicas de comercialización.

Se trata de prácticas mercantiles, propias de los sistemas de marketing, que restringen la libre espontaneidad del público, presionando sobre su decisión de contratar, o en la elección de la contraparte.

Es el caso de las ofertas efectuadas fuera de los locales comerciales. Su especie lo constituye el contrato celebrado fuera del domicilio del vendedor. Se trata de la venta a domicilio.

En esta hipótesis, se restringe la posibilidad de que las elecciones de consumo, sobre bienes y servicios (1), que adopta el público, se hallen correctamente fundadas, conforme a los deseos y necesidades de cada quien (art. 3º, inc. c), Directrices de las Naciones Unidas sobre protección del Consumidor).

Por ello la regulación de estas técnicas de comercialización, denominadas "no ortodoxas", tiende a imponer una serie de recaudos rigurosos que condicionan la eficacia de los contratos celebrados en su consecuencia:

a) Acentuación de la rigidez formal, exigiendo la instrumentación escrita del negocio y una serie de contenidos imperativos;

b) Reconocimiento del derecho del consumidor a revocar incausadamente su aceptación, lo que los torna en contratos bajo condición resolutoria ya que, en caso de devolución de la cosa se considera que no hubo contrato (2);

c) Imposición de un control administrativo específico como, por ejemplo, el otorgado al Banco Central sobre las operaciones de venta a crédito (art. 36 in fine, Ley de Defensa del Consumidor, decreto 142.277/43 y leyes 22.315 y 22.370), o respecto de la Inspección General de Justicia para los sistemas de ahorro previo.

Todo ello sin perjuicio de la integración al sistema de protección jurídica del consumidor (artículo 3-2, ley 24.240), de los regímenes en materia de:

a) Ahorro previo (decreto 142.277/43 y leyes 22.315 y 22.370);

b) Ofertas con premios (artículo 10, ley 22.802 de Lealtad Comercial);

c) De aplicación, a las técnicas "no ortodoxas" de comercialización, de las normas y principios generales sobre justicia contractual del Código Civil y Comercial de la Nación (3).

2. Ofertas fuera de los establecimientos comerciales u oferta domiciliaria.

La oferta fuera de los locales comerciales (a domicilio) constituye una estrategia de comercialización, sustentada en la técnica de acecho o atisbo y en el efecto sorpresa, para lograr la representación de aparentes ventajas al consumidor. Ello en razón de que se debilita su posición en el mercado al restringirse la facultad de reflexión del consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo ofrecidos por los competidores (4).

Para bloquear los efectos que se derivan de las referidas técnicas, que no son otras que estimular una actuación precipitada del consumidor, existen soluciones normativas por las que se acentúa la rigidez formal del contrato, exigiendo una serie de (a) especificaciones informativas; (b) solemnidades impuestas para la instrumentación del contrato, bajo pena de nulidad y (c) contenidos imperativos que deben incorporarse entre las estipulaciones del negocio (5).

3. La venta fuera de los establecimientos comerciales. La venta domiciliaria. Noción.

La venta domiciliaria se halla regulada por el artículo 32 de la L.DC.: "es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una

convocatoria del consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto a la contratación, o se trate de un premio u obsequio..."

La noción anterior "...no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado".

La norma incluye expresamente las ofertas en (a) el domicilio del consumidor; (b) en su lugar de trabajo; (c) en la vía pública y (d) por medio de correspondencia.

También deben comprenderse por analogía, otras hipótesis de venta ambulante durante reuniones, excursiones, etcétera.

Como primera medida, el artículo 32 de la ley 24.240, impone la instrumentación por escrito, y la inclusión de los contenidos imperativos enunciados en los artículos 10 y 34, salvo en los casos de venta de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

4. La venta fuera de los locales comerciales y la ley de defensa del consumidor (continuación). Venta a la distancia: venta por correspondencia. Noción.

Por otra parte, el artículo 33 de la ley de Defensa del Consumidor, define la venta por correspondencia y otras: "Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios".

Como ya lo hemos sostenido, la venta a distancia es aquella en que los medios utilizados pueden serlo sin la presencia simultánea de las partes contratantes.

Se comprenden, por lo tanto, las ofertas: a) postales; b) por teléfono y otras vías de telecomunicación; c) por televisión, por radio, televisión, prensa u otros dispositivos electrónicos o telemáticos (6).

Son características esenciales de la venta a distancia, como lo es la venta por correspondencia: (a) en que comprador y vendedor no se hallan presentes simultáneamente; (b) que la oferta se realice por los medios enunciados en el artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor; (c) que la aceptación se emita por los mismos medios; (d) que con fundamento normativo, el consumidor o usuario pueda ejercer el derecho de revocar su aceptación.

5. Régimen de la ley de defensa del consumidor aplicable a todas las ventas fuera de los locales comerciales. Derecho del consumidor a revocar la aceptación. Quid del plazo.

En relación a todas las ofertas fuera de los locales de comercio reguladas por la ley 24.240, modificada por ley 26.361, el artículo 34-1 de la Ley de Defensa del consumidor, se establece que "el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez días corridos contados, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de la venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria" (art. 34-1-2 y 3, Ley de defensa del Consumidor).

En caso de ejercer el derecho de revocación, "el consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último" (artículo 34-4).

Como anticipamos, el derecho de revocar la aceptación, o facultad de arrepentimiento, es una solución uniforme en las legislaciones comparadas sobre ofertas fuera de los locales comerciales. Es pieza esencial de una suerte de sistema de "reglamentación contra las tentaciones". Desde el punto de vista de la esencia de la figura, conceptualmente se ha graficado a la revocación de la aceptación, o al arrepentimiento, dentro del plazo de reflexión, como que "el consentimiento es puesto en cámara lenta", o bien, que "la aceptación es claudicante".

De acuerdo al texto del artículo 34, el régimen de la revocación es el siguiente:

a) Ambito de aplicación: La regulación se aplica a todas las ofertas formuladas fuera de los locales comerciales;

b) Imperatividad: La facultad de revocación es irrenunciable, siendo nulo el pacto de dispensa que se conviniera;

c) Información: El derecho a la revocación debe constar, como contenido insoslayable, claro y notorio de los instrumentos del contrato que deben ser entregados, a efectos de ser informado el consumidor (artículo 34 L.D.C.);

d) Plazo de reflexión: El plazo para decidir si se revoca la aceptación es de diez días corridos (7) (artículo 34, L.D.C.);

e) Comienzo del cómputo: El referido plazo, se inicia "a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada";

f) Notificación al vendedor: aunque no surja de la Ley de Defensa del Consumidor, el principio de buena fe impone que el ejercicio por el consumidor del derecho de revocación, deba ser informado al vendedor sin que ello esté sometido a formalidad alguna. La información puede ser expresa o inferida de la devolución de la cosa ya que esto último importa una declaración concluyente de voluntad (8).

g) Efectos del ejercicio del derecho de revocación: El consumidor debe únicamente poner la cosa a disposición del vendedor, que carga con los gastos de devolución (9).

h) Gastos: En materia de gastos, el artículo 34 in fine de la Ley de defensa del consumidor establece que "el consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último".

En materia de venta por correspondencia (y otras), el artículo 33-2 de la Ley de Defensa del Consumidor, establece un recaudo adicional de protección del consumidor, que tiene como propósito impedir que éste no pueda identificar al empresario proponente: se prohíbe al oferente la publicación del número postal como domicilio.

También el artículo 35 establece otra prohibición, respecto de prácticas habituales (10) en el marco de las técnicas de oferta por correspondencia, aun cuando la norma se refiere ampliamente a propuestas al consumidor por cualquier tipo de medio. Se trata del supuesto de bienes y servicios que no son previamente requeridos por el consumidor, y respecto de los cuales igualmente se efectúan envíos y débitos automáticos por la sola voluntad del oferente.

Si el consumidor no lo acepta, no está obligado a pagar el precio ni a tomar la iniciativa para restituir el objeto: se considera que el empresario ha obrado a su riesgo (11).

6. Contratos por sistemas informáticos.

Desde un punto de vista técnico, los ordenadores pueden conectarse por línea telefónica, cables de datos punto a punto o por una red de datos. Para el diálogo entre ordenadores se emplea un software de comunicación, que consiste en un programa que indica a la computadora cómo convertir la información almacenada en ella, de tal manera que pueda ser transmitida por un modem y, a su vez, cómo decodificar los datos recibidos de un modem en información procesable y almacenable (12).

Cuando el proceso de comunicación se realiza a través de una línea telefónica, la computadora y el teléfono se conectan a un aparato llamado modem, que se encarga de convertir las señales digitales transmitidas por el ordenador, en señales técnicamente denominadas "analógicas", transmisibles telefónicamente y éstas de nuevo en digitales para llegar, al cabo, a la computadora que recibe el mensaje (13).

Una vez establecida la comunicación, las partes dialogan entre sí a través de las computadoras, que ejecutan automáticamente las órdenes impartidas mediante un programa previamente inserto.

7. Contratos por sistemas informáticos (continuación). Atribución de la declaración negocial. Momento del perfeccionamiento.

La declaración de voluntad recibida será atribuida al sujeto que la emitió. El ordenador transmite en el momento la declaración negocial emitida, lo que significa que ejecuta en forma automática las órdenes que impartió el agente por medio de un programa insertado previamente y que contiene instrucciones para la elaboración de la declaración, de manera tal que ella se formará conforme a la voluntad del declarante tal como ha sido introducida en la programación.

El momento del perfeccionamiento del contrato dependerá del mecanismo de comunicación seleccionado por las partes y, por ende, adoptará según el caso, la modalidad de un contrato entre presentes o entre ausentes.

Como los ordenadores pueden dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa, uno de ellos emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente. Aceptada inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios, lo que presupone un contrato "entre presentes".

Si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, la propuesta queda almacenada en la memoria de su computadora. En ese caso el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo. Cuando ulteriormente se emita la aceptación, el contrato quedará formado "entre ausentes" si la oferta se halla vigente (artículos 1147 y 1151, Código civil).

La declaración de voluntad mediante señales electromagnéticas (por pulsos eléctricos o registros magnéticos), queda visualizada en pantalla o es reproducida en un texto impreso. Ello constituye una decodificación y reproducción en símbolos gráficos legibles de aquello registrado en forma electromagnética.

La importancia de lo expuesto —recepción de pulsos o su decodificación—, radica en la determinación del momento en que el contrato queda perfeccionado.

A nuestro entender, el contrato queda perfeccionado cuando el proponente pueda verificar —vía decodificación— sensorialmente, que la aceptación se ajusta a la oferta (14).

8. Criterios de atribución de la declaración de voluntad. La prueba del contrato electrónico.

El requerimiento de la firma, por razones obvias, debe ser sustituido por otros criterios de identificación de la autoría de la oferta y de la aceptación. En la actualidad se enuncian el "código o clave secreta", la "huella digital", el "procesamiento del habla", etcétera.

La "clave de acceso" o identificación (password) es un conjunto de caracteres conocidos por el usuario de un sistema computarizado que le permite ingresar o acceder a información específica o a establecer comunicación con otro sistema o computadora (15).

El "procesamiento del habla" es un método utilizado para la identificación de una persona, mediante el análisis espectral de la señal del habla, con algoritmos y técnicas sofisticadas basadas en el tratamiento de señales aleatorias y procesos estocásticos. La señal la capta un micrófono y se convierte en pulsos digitales (por medio de un conversor analógico/digital). Luego se la procesa hasta su identificación (16).

El "reconocimiento computarizado de huellas digitales", es una técnica utilizada para la identificación de un sujeto mediante el análisis computarizado de sus huellas digitales. La imagen de la huella se digitaliza —es convertida en señales digitales—, y luego puede ser analizada para ser finalmente individualizada entre un conjunto de huellas (diccionario), identificando así al sujeto a quien pertenece la huella reconocida (17).

En cuanto a la prueba del contrato, si no se exige una forma especial para la celebración del contrato, las partes pueden, en función del principio de libertad de formas, convenir celebrarlo por medio de ordenadores.

El contrato se hallará contenido en los pulsos electromagnéticos y puede quedar almacenado en la memoria de la computadora o en un disco o cinta magnética, lo que se ha dado en denominar "documento electrónico", en tanto constituye la representación del acuerdo y se halla dotado de la corporalidad propia del pulso electromagnético (18). El documento seguirá siendo electrónico mientras continúe en la memoria de la computadora, o magnético si está contenido en un disco o cinta.

Como la percepción directa del contenido del documento se logrará con un dispositivo de salida (output devices), como ser, la impresión en papel o su visualización en pantalla, el tema de la forma a los fines probatorios abre capítulo a dos posibilidades:

a) Si el legislador no exige una forma determinada, el contrato podrá ser probado en su forma electromagnética, en tanto forma convencionalmente pactada;

b) Si no es así, en la práctica el contrato podrá ser probado mediante el escrito que emite la impresora que implica una reproducción, un soporte, ya que el contrato se halla contenido originariamente en los pulsos electromagnéticos.

En ese caso nos hallaremos con un instrumento particular no firmado que representaría las voluntades negociales. Sobre el documento electrónico se tiene expresado que se trata de un "documento escrito", dado que es la "fijación sobre un soporte físico de un mensaje en un lenguaje destinado a la comunicación y a mantenerse en el tiempo" (19).

II. El tema en el Código Civil y Comercial de la Nación

Sobre el particular, cabe afirmar que la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, contiene una única disposición específica y otras disposiciones comunes con los contratos a distancia.

Artículo 1104. Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. "Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio".

1. Fuente. Definición.

La fuente de esta disposición lo ha sido el parágrafo 312 -1- inciso 1 del Código civil alemán y parcialmente el artículo 32 de la ley 24.240 sustituido por el artículo 13 de la ley 26.361. La definición doctrinaria de la venta fuera de los establecimientos comerciales es aquélla que, con un sentido amplio, afirma que consiste en "ir al encuentro de la clientela para ofertarle bienes o servicios" (20). Se trata de la técnica de venta de mayor antigüedad y la más expandida ya que es utilizada por numerosos sectores de la economía de mercado a través, entre otros medios, de la denominada venta "puerta a puerta", del "home-parties", "face à face" o "ventas en reunión". En ciertos casos, la visita de un vendedor ha sido provocada por el envío previo de correspondencia o por una comunicación telefónica, en ambos casos, (oferta a distancia). De donde, si el diagnóstico es correcto, la venta a distancia se inicia con una oferta a domicilio.

La ventaja que ofrece al consumidor consiste en que le evita desplazarse (21). La desventaja es la agresividad con que se la ejerce dado que toma al consumidor por sorpresa en su domicilio o en su lugar de trabajo, quien no siempre ofrece resistencia a la oferta y adquiere, sin reflexión previa, objetos que no le resultan útiles.

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, se presumen sometidos a las normas de protección del Derecho del consumo, por lo que la prueba contraria incumbe al proveedor.

2. Ambito de aplicación y personas involucradas. Contratos excluidos.

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial son aquéllos concertados en el domicilio o en el lugar de trabajo del consumidor; en ocasiones en la vía pública; usualmente por correspondencia o como premio u obsequio. Son todos lugares no destinados a la comercialización.

Participan de la operación un "vendedor a domicilio", así como la persona jurídica que utiliza sus servicios. En este último caso, es responsable de las infracciones que cometa el vendedor, aunque se trate de representante independiente.

En cuanto al "cliente/consumidor a domicilio", en principio se trata de una persona física que si contrata lo hace por necesidad. Ello no impide una venta a domicilio a una persona jurídica. Cualquiera sea el caso, contratan por necesidad de consumo. En ambos casos, la protección deberá alcanzar a quien contrate fuera del ámbito de su actividad profesional /habitual. Ello debe ser entendido en el sentido que se hallan excluidos de la protección, los contratos que tienen relación directa con las actividades ejercidas dentro del marco de la actividad profesional del adquirente. También los contratos celebrados a distancia, especialmente los realizados a través de medios electrónicos (22).

En cuanto al objeto del contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales, la disposición alude, genéricamente, a bien o servicio, lo que comprende muebles e inmuebles, a crédito o al contado y los mencionados en el artículo 1 de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361, o sea, "adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines".

3. Forma y facultad de retractación.

Si bien es cierto que el texto del Código civil y comercial de la Nación nada dice sobre el particular, es de estilo que el contrato se celebre por escrito en doble ejemplar. Dicho de otro modo, el consumidor debe contar con un ejemplar del documento contractual. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1111, ineludiblemente, debe incorporarse al texto o a los textos, la facultad de retractación a que tiene derecho a ejercer el consumidor.

En orden al derecho de retractación es aplicable lo dispuesto por el artículo 1110, a cuyo comentario remitimos, sin perjuicio de lo cual, habrá de tenerse presente que el plazo otorgado al consumidor para desistir de la operación es de días corridos, lo que incluye los feriados y los días no laborables. Y si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el inmediato hábil siguiente. El cómputo debe iniciarse a partir de la aceptación de la oferta oportuna que, predominantemente coincide con la del pedido. Lo que significa que no se computa el día de la celebración del contrato. El plazo no podrá prorrogarse por la sola solicitud del consumidor, pero podrá convenírsele. El proveedor no se halla obligado a realizar la entrega antes del vencimiento del plazo acordado. La retractación no puede ser confundida con un período de prueba ya que cuenta con un plazo de reflexión que lo habilita para leer el instrumento del contrato y con tiempo suficiente como para requerir consejo antes de tomar la decisión de retractarse. De donde, la retractación participa de la naturaleza jurídica de una declaración de voluntad unilateral e incausada, de orden público e irrenunciable y su efecto es el aniquilamiento del contrato lo que, en los hechos, significa que el mismo no se ha celebrado (23).

6. Contratos celebrados a distancia. Definición legal.

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

1. Fuente.

La fuente de este artículo lo ha sido el parágrafo 312b del Código civil de Alemania.

Argentina no ha previsto orgánicamente la venta a distancia en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. Sólo contiene dos disposiciones. Una, referida a la venta por correspondencia y otra, por la que se establece que "es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio" (artículo 33). Otra, referida a la revocación de la aceptación sobre cuyo contenido nos referiremos al comentar el artículo 1110 (artículo 34, ley 24.240 modificada por ley 26. 361).

2. Noción y caracteres.

De la definición del Código civil y comercial de la Nación, cabe señalar que el elemento esencial de los contratos celebrados a distancia lo constituye el mensaje transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos a potenciales consumidores o usuarios futuros e indeterminados (24).

La oferta al consumidor se concreta mediante una técnica de comunicación a distancia. La disposición

menciona especialmente los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa. Todo ellos, presuponen la inexistencia de la presencia física simultánea de las partes contratantes, lo que significa que no se ven ya que el consumidor emplea cualquier medio de comunicación a distancia para iniciar las tratativas. La oferta requiere de una aceptación expresa pues es desestimable la aceptación tácita (25).

3. Diferencias con los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

Lo expresado constituye una de las diferencias entre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia ya que, en los primeros el proveedor por sí o a través de un agente o representante toma contacto personal con el consumidor. Y en esa ocasión suministra la oferta. En cambio, en los contratos a distancia, como quedó expresado, el mensaje es transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos.

Otra diferencia consiste en la intensidad del uso del período de reflexión también aplicable a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial o del contrato a distancia. En efecto, en los primeros, el consumidor probablemente contrate sin reflexionar mayormente su decisión, ello sin perjuicio de su derecho a retractación. Pero la práctica indica que permanece con su "impresión inicial". En cambio en los contratos celebrados a distancia, dispone del plazo de reflexión que imperativamente le atribuye el artículo 1110, CCCN y cuyo propósito no es sólo el de examinar con suficiente tiempo si la decisión es acertada o no sino, además, verificar ya recibido el bien o prestado el servicio, si el mismo se corresponde con sus expectativas. Lo expresado presupone que el referido plazo de reflexión, en ocasiones, habrá de ser utilizado, también, a los fines de revocar la aceptación por falta de correspondencia en torno a las características del bien o del servicio contratado.

4. Técnicas o modos de contratación a distancia.

Genéricamente, podemos afirmar que las técnicas de comunicación a distancia se definen como todo medio que habilite la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor, sin la presencia física simultánea de ninguno de ellos. O dicho de otro modo, sin la presencia física del vendedor. La utilización de una técnica de comunicación a distancia es lo que sustituye la presencia física de las partes. La enunciación que sigue es meramente indicativa.

(a) El correo es un modo idóneo para la celebración de contratos a distancia. En este caso, el impreso consistente en un catálogo, en una circular o en un anuncio por la prensa escrita, constituye el soporte de la oferta. El impreso puede serlo con o sin destinatario.

(b) La contratación telefónica constituye un medio de gran difusión, especialmente utilizado por empresas de telefonía móvil y bancaria, en este último caso predominantemente en la oferta de préstamos y de tarjetas de crédito. El teléfono puede serlo con intervención humana o sin ella. A esta categoría pertenecen las ofertas por prensa, televisión, radio y a través de mecanismos informáticos.

5. El deber de información.

El tema está resuelto en el artículo 4 de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361 de Defensa del Consumidor en tanto establece que "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". Se trata de una disposición genérica pues la obligación se inicia con la etapa de tratativas o sea con la información previa a la celebración del contrato a distancia, la que deberá ser veraz y suficiente.

En un intento de sistematizar el contenido de la información, afirmamos que en la oferta realizada por el proveedor, éste deberá identificarse, especificar las características esenciales o especiales del bien o del servicio, el precio, separado de él, el costo del transporte, forma de pago, modalidades que adoptará la entrega, el plazo de vigencia de la oferta, duración del contrato (26), si procede, cuando se trate de contratos de duración y de ejecución permanente, la facultad de revocar, así como y especialmente, para los contratos celebrados por medios electrónicos, la información debe contener lo necesario para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (artículo 1107, CCCN).

6. Ambito subjetivo de aplicación.

Conforme la noción de consumidor que surge del artículo 1092 del Código civil y comercial de la Nación, los contratos a distancias se aplican al consumidor, y al proveedor, entendiéndose por consumidor "a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social."

La adquisición o uso final del bien o del servicio, suprime de la definición de consumidor a quien actúa

dentro de su ámbito profesional o sea a quien prosigue el ciclo económico de la cosa o del bien.

Y la definición de proveedor es aquella que lo identifica como "una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada..." (artículo 1093). De lo hasta aquí expresado, lo esencial que habrá de retenerse es el propósito final que anima al consumidor: la contratación a distancia sobre bienes o servicios, actuando con un propósito ajeno a su actividad profesional (habitual.) A su vez, el profesional es aquel que actúa en el ámbito de su competencia profesional (comerciante, industrial, artesanal o profesional).

Particularmente, cabe señalar que la actuación de ambos sujetos se traduce en la celebración de un contrato cuyo objeto lo sean bienes o servicios que han sido ofertados (ofrecidos) en el ámbito de un sistema de ventas de bienes o servicios a distancia organizado por el proveedor quien para dicho contrato utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato (27).

7. Ambito objetivo. Iter formativo: oferta y aceptación.

El ámbito objetivo, o sea la materia de que trata el contrato al que estamos haciendo referencia, es el celebrado entre el proveedor y el consumidor en el ámbito de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicha categoría de contratos, utiliza técnicas o mecanismos de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato.

Es el proveedor quien, predominantemente, emite una oferta a distancia, mientras que el consumidor es quien debe, o no, aceptarla a través del mismo u otro mecanismo siempre que lo sea a distancia, lo que presupone que el contrato se celebra sin la presencia física simultánea de las partes.

El artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor alude a la aceptación. Lo hace con el rótulo de "respuesta", lo que denota un error de técnica legislativa. En efecto, luego de enunciar —indicativamente— las técnicas de la oferta a distancia, establece "que la respuesta a la misma se realiza por iguales medios". Los efectos derivados de la falta de aceptación se hallan regulados en el artículo 979 del Código civil y comercial de la Nación: "...El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes". En los contratos a distancia no existe "deber de expedirse" por lo que el silencio del consumidor es jurídicamente irrelevante, salvo que las partes hayan acordado lo contrario. En consecuencia, la aceptación requiere ser expresa.

8. Formación del contrato. La oferta (cont.).

Como en todos los contratos, la conclusión de los contratos celebrados a distancia requieren de una oferta y de una aceptación (artículo 971 del Proyecto). La oferta se traduce, en ocasiones, en el envío de un catálogo, de prospectos o de cualquier método de promoción de ventas. El catálogo constituye un soporte publicitario e incluyen indicaciones que, a veces, inducen a error. De allí que la contratación a distancia se halle sometida a los deberes de información que surge de la previsión contenida en el artículo 1100 del Código, lo que también presupone el sometimiento al principio de buena fe (artículo 961). Si bien es cierto que las técnicas de marketing empleadas en la comercialización a distancia son las mismas que en otros procedimientos de venta, vale señalar que las técnicas de búsqueda de clientes se localizan muy especialmente en las operaciones de venta a distancia. Existe una técnica denominada de patrocinio o padrinazgo, consistente en incitar a los clientes a hacer conocer a otros lo que han comprado en cuyo caso, si logran que adquieran, los primeros reciben un regalo. Lo que significa que la obtención del regalo se halla subordinada a la compra por parte de un nuevo cliente (28). Hasta hace años, la venta por correspondencia ha sido la única técnica utilizada. Hoy se han diversificado y son utilizados todos los medios de comunicación modernos, entre otras, el marketing telefónico y el comercio electrónico.

9. Aceptación de la oferta. El silencio.

Como en todos los contratos, el concluido a distancia requiere la aceptación del destinatario de la oferta. Claro que habrá de estarse a las precisiones que contenga el catálogo en el sentido si son suficientes como para constituir una oferta. La aceptación puede adoptar la forma escrita en cuyo caso debe incorporarse la firma del consumidor.

En el caso que la oferta se haya hecho llegar a través de catálogos, valdrá como tal en la medida que aquella sea suficiente. Y será suficiente si contiene "las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada" (artículo 972, CCCN). Lo expuesto significa que la aceptación valdrá como tal en la medida que importe "plena conformidad con la oferta" (artículo 978, CCCN).

En cuanto al silencio habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 979 del CCCN, de modo que importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Si se trata de una oferta realizada entre presentes o la formulada por un medio de comunicación instantáneo (teléfono o Internet), sin fijación de plazo, para que el contrato quede perfeccionado sólo puede ser aceptada

inmediatamente (artículo 974-2, CCCN), aunque no se haya ingresado en etapa funcional, pues si el medio empleado es el teléfono, queda impedida la entrega de la cosa y el precio, lo que significa que la ejecución queda diferida a la oportunidad acordada por las partes. No es el caso de un mecanismo electrónico como es Internet que posibilita el pago inmediato con tarjeta de crédito por lo que sólo queda diferida en el tiempo la entrega de la cosa.

Cuando la oferta se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación (artículo 974-3, CCCN).

Existe un supuesto, bastante común, en que la aceptación se halla subordinada a un examen previo. Es el caso cuando en las negociaciones por correspondencia se propone un bien mueble, predominantemente un libro/s. Como se advierte, se trata de una oferta de venta bajo condición suspensiva ya que el objeto enviado se halla sometido durante un plazo al examen del destinatario quien, si no le satisface, deberá reexpedirlo.

10. Contratos excluidos.

No constituyen contratos a distancia los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, ni las ventas realizadas en subastas.

En los dos primeros, la razón no se halla en la circunstancia que las partes no se encuentran física y simultáneamente una frente a la otra, como acontece en todos los contratos a distancia. En efecto, en los locales automatizados, el consumidor actúa de conformidad con las instrucciones que le son dadas por el proveedor e inmediatamente el bien o la prestación le son suministrados al primero. Lo expresado, los excluye como contratos celebrados a distancia. Esta situación, parece ser la misma que en la contratación telefónica cuando la aceptación es dada en forma inmediata y, por lo tanto, se la considera un contrato entre presentes [\(29\)](#) y no concluido a distancia.

11. Incumplimiento del proveedor.

El incumplimiento del proveedor, entre otras razones, puede hallarse motivado en que, al tiempo de ejecución, el bien o el servicio no se halle disponible, en cuyo caso deberá informarse al consumidor quien, salvo que se haya pactado un plazo para el reintegro, tiene derecho, de inmediato, a recuperar las sumas que haya abonado. Otro motivo en que podría fundarse el incumplimiento es que el bien o el servicio suministrado carezca de las características esenciales a las que se hacía referencia en la oferta y que motivó la aceptación de la misma. Todo ello, sin perjuicio que el consumidor acepte un bien o servicio de características similares en punto a función, calidad y precio equivalente. En ese caso, el consumidor podrá ejercer nuevamente su derecho de retratación como si se tratara del bien o del servicio inicialmente requerido.

12. Una práctica abusiva: el envío no solicitado.

Constituye una práctica abusiva consistente en la remisión por el proveedor al consumidor, sin que éste lo haya solicitado previamente y por el que se le indica que, indistintamente, puede pagar el precio o devolver el bien.

La gravedad de esta práctica resulta de la circunstancia que el proveedor aprovecha la falta de disposición, la falta de tiempo o la dejadez del consumidor para reintegrar el bien, con la previsible consecuencia que termina percibiendo el precio.

Existe un antecedente en el Derecho Comparado. Nos referimos a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España (Ley 7/1996) por el que se establece que "queda prohibido enviar al consumidor artículos o mercancías no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio". Un ejemplo distinto al expresado es el de las muestras comerciales pero única y exclusivamente cuando tengan carácter gratuito. Como efecto de lo aquí expresado, el texto establece que "...cuando el envío "incluya una petición de pago", el destinatario no está obligado a pagar ni a reexpedir. Es decir, tiene derecho a hacer suya la mercancía, sin cargo alguno". Lo propio acontece en Francia donde se sanciona esta práctica de venta sin requerimiento previo. Se trata de una infracción que consiste (a) en el envío de un objeto no solicitado por el destinatario, lo que presupone que no habría infracción cuando el envío se halla precedido de una carta del destinatario solicitando el examen del objeto; o (b) el envío por el proveedor de una correspondencia acompañando el objeto y dando a entender al consumidor que puede elegir entre reintegrarlo o pagar el precio.

13. Ejecución del contrato.

Si bien el pago puede efectuarse al tiempo en que se requiere el envío del bien, existe el riesgo que el proveedor no ejecute o no pueda ejecutar ulteriormente su obligación principal consistente en el envío del bien o el suministro del servicio.

El pago del precio puede ser efectuado contra reembolso del bien o del servicio requerido. En ese caso, el contrato deberá ser analizado como una venta la condición suspensiva de recepción del bien o del servicio. La transferencia de la propiedad del bien vendido acontece al tiempo en que el mismo es recibido por el

consumidor.

En caso de defecto de la ejecución del contrato por el proveedor con motivo de la indisponibilidad del bien o del servicio encomendado, el consumidor debe ser informado de la indisponibilidad y reembolsar, el pago que ya se hubiera realizado.

14. Utilización de medios electrónicos.

Fuente. Forma. Momento y lugar de cumplimiento.

En la actualidad, cabe afirmar la expansión del uso de medios electrónicos útiles para la comercialización. El Código civil y comercial de la Nación se refiere a ellos, específicamente con relación al medio probatorio:

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

La fuente del presente artículo lo es el artículo 1268 inciso 5 de la "Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos" para España, del año 2010.

La forma escrita es exigida a los fines probatorios.

Si la parte que realizó la oferta se halla en un lugar distante del que formuló la aceptación, se entiende que hay consentimiento desde que el proveedor conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, el proveedor no pueda ignorarla sin infringir el principio de buena fe.

Se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato (artículo 1109, CCCN).

15. Información sobre los medios electrónicos.

El Código civil y comercial de la Nación, ha regulado la hipótesis en que las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica para la celebración de contratos de consumo a distancia, a través de la siguiente disposición:

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

16. Fuente y denominación.

España ha regulado exhaustivamente el contenido de la misma y la ha enunciado en el decreto-ley 1/2007 ("Texto refundido de la ley de defensa de los consumidores y usuarios") y donde se menciona el (a) costo de la utilización de la técnica de comunicación a distancia, (b) las características esenciales del bien o servicio; (c) los gastos.

En orden a la denominación, creemos que la más precisa es la de "contratos celebrados mediante uso de instrumentos informáticos".

17. El comercio electrónico. Definición.

El comercio electrónico constituye un mecanismo específico de los contratos concluidos a distancia. También Francia lo ha regulado a partir de la ley n° 2004-575 por el que se define al comercio electrónico como "la actividad económica por la cual una persona propone o asegura a distancia y por visión electrónica el suministro de bienes y servicios". Lo expresado presupone que también, por esta vía, se suministra información en línea que incluye comunicaciones comerciales.

Se halla constituido por un intercambio de datos por medios electrónicos relacionados con la actividad comercial habitual del proveedor, como ser compraventa de bienes o prestación de servicios lo que incluye las tratativas (negociaciones) precontractuales y la prosecución de las mismas lo que incluye la celebración del contrato y el pago electrónico.

El tema ha sido especialmente considerado en los países que integran la Unión Europea, muy especialmente a través de Directivas como la 2000/31 de la CE del Parlamento Europeo. España hizo la transposición a su derecho nacional a través de la ley 34/2002 sobre "Comercio electrónico", bajo la denominación de "servicios de la sociedad de la información" que atrapa en su regulación no sólo la contratación de bienes y servicios por vía electrónica sino, además, el suministro de información vía Internet (30).

18. El comercio electrónico en el Código Civil y Comercial de la Nación. Fuente.

El Código civil y comercial de la Nación hace referencia a la utilización de esta técnica, a su vigencia, a su subsistencia condicional y al momento de la aceptación a través de la siguiente disposición:

Artículo 1108. Ofertas por medios electrónicos. "Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo

que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación".

La fuente del presente artículo, lo es el artículo 1268 incisos 2 y 3 de la "Propuesta para la modernización del derecho de las obligaciones y contratos" para España, del año 2010.

En este país, existe una restricción fundada en la Directiva 2000/31 C.E. referida a la información procedente de otros países, cuando exista daño o peligro grave contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Pero la regulación se halla contenida, como ya lo hemos expresado, en la ley 34/2002 donde a los fines de proteger los intereses de los destinatarios de la información, se impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio de Internet.

En ese caso, se destaca la obligación del proveedor de informar sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir el acceso a las condiciones generales a que se someta, e imprimir las mismas.

19. La contratación con consumidores

Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el proveedor deberá, además, auxiliarles en el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y ayudarles a corregir los errores incurridos en la introducción de datos y confirmar la aceptación realizada una vez recibida. Es lo que establece la disposición que anotamos: "...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".

Obviamente, estamos haciendo referencia a la obligación de información que el proveedor debe suministrar al cliente/consumidor: debe identificarse, consignar su dirección postal y electrónica, sus números de teléfono, todo lo cual le permitirá al consumidor "entrar en contacto". Es de estilo incluir la inscripción en el Registro Público de Comercio y poner a disposición de quien lo requiera, las condiciones contractuales de una manera que permita su lectura y análisis.

20. Formación del contrato.

Como en la totalidad de los contratos, se perfecciona por el encuentro coincidente de la oferta y la aceptación. La oferta debe contener las distintas etapas útiles a los fines de concluir el contrato por vía electrónica. Los medios técnicos, ya quedó expresado, son los ordenadores quienes pueden dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa. De este modo, uno de ellos emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente. Si la misma es aceptada inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios, lo que presupone un contrato "entre presentes".

Si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, la propuesta queda almacenada en la memoria de su computadora. En ese caso el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo. Cuando ulteriormente se emita la aceptación, el contrato quedará formado "entre ausentes".

La declaración de voluntad mediante señales electromagnéticas (por pulsos eléctricos o registros magnéticos), queda visualizada en pantalla o es reproducida en un texto impreso. Ello constituye una decodificación y reproducción en símbolos gráficos legibles de aquello registrado en forma electromagnética.

La importancia de lo expuesto —recepción de pulsos o su decodificación—, radica en la determinación del momento en que el contrato queda perfeccionado.

A nuestro entender, el contrato queda perfeccionado cuando el proponente pueda verificar —vía decodificación— sensorialmente, que la aceptación se ajusta a la oferta.

21. Lugar de cumplimiento. Jurisdicción aplicable. Cláusula de prórroga de jurisdicción.

Todos estos temas han sido regulados por el Código civil y comercial de la Nación del siguiente modo:

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

La importancia en la determinación del "lugar de cumplimiento" reside, en los hechos, en que ese lugar "fija la jurisdicción aplicable". Y el lugar de cumplimiento lo fija el Código en aquél en el cual el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Predominantemente, el consumidor recibe el bien o el servicio en su domicilio particular o en el lugar de trabajo.

Si el proveedor, incluyó en el/los documento contractual una cláusula de prórroga de jurisdicción, por anticipado, se la declara abusiva y, por tanto, se la tiene por no escrita.

22. Revocación del contrato. Plazo. Derecho irrenunciable.

Todos los temas relativos a la revocación del contrato, han sido materia de regulación en el Código civil y comercial de la Nación, empezando por el reconocimiento del derecho, de su carácter irrenunciable, de su

ejercicio, del plazo, del cómputo y del efecto de las cláusulas que aludan a la imposibilidad del ejercicio del derecho. Y lo hace así:

Artículo 1110. Revocación. "En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos".

23. Fuente y consideraciones previas.

La fuente de la presente disposición se halla en el artículo 159 incisos 1 y 5 del "Código Europeo de Contratos" (Grupo Pavía/Gandolfi), cuando hace referencia al derecho que le asiste "al consumidor insatisfecho o que ha cambiado de idea" y, parcialmente en el artículo 34 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361.

Por nuestra parte, señalamos que la insatisfacción o el cambio de idea se hallan implícitas en la decisión del consumidor, por lo que consideramos que éste no se halla obligado a fundar su decisión. De allí que se le denomine "retractación incausada" o "discrecional".

En aquél proyecto, se declara la nulidad de todo pacto contrario a la facultad de desistir como lo constituye la renuncia (artículo 159 inciso 5). En España, el decreto-ley 1/2007 en su artículo 101 inciso 2, se establece que "serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo".

Otra fuente análoga se halla constituida por lo dispuesto por el artículo L. 121-25, "Code de la consommation", de Francia.

24. Fundamento y ejercicio del derecho de revocación.

Sobre el ejercicio del derecho de revocación nos remitimos a lo ya expuesto supra en II, párrafo 3. Sin perjuicio de lo cual, añadimos lo siguiente:

El ejercicio por el consumidor de su derecho de retractación importa la extinción de pleno derecho del contrato de crédito destinado a asegurar el financiamiento. No debe ser fundada. Basta con un simple desistimiento sin necesidad de justificar las razones de su decisión. Como ya quedó expresado antes de ahora, el consumidor que ejerce el derecho de retractación debe reintegrar el bien inmediatamente y en buen estado.

El derecho de revocación no debe ser confundido con el arrepentimiento. En efecto, el contrato a distancia se concluye bajo la denominación de "bon de commande", o sea con orden de pedido y si el comprador acepta el bien, la operación se retrotrae al día de la conclusión del contrato. Y por el contrario, el adquirente que no acepta el bien, hace que la venta jamás se haya concluido. Lo expresado significa que toda venta a distancia deviene una venta bajo condición de examen previo. El plazo de reflexión de diez días al que alude la disposición puede ser prolongado si existe conformidad de partes, pero no puede ser limitado en el tiempo aunque medie acuerdo ya que se trata de un plazo irrenunciable establecido por una disposición indisponible.

El inconveniente que pone de manifiesto la contratación a distancia es la imposibilidad real del consumidor de observar el bien, de contrastarlo, de verificar sus características, antes de la celebración del contrato. Ello fundamenta el derecho de revocación que se le concede.

Este derecho de retractación, de carácter discrecional, debe ser ejercido sólo por el consumidor, contrariamente a lo que acontece con el proveedor quien no podría invocar tal derecho para desvincularse de sus obligaciones. Debe ser ejercido en el plazo previsto en el artículo 1112. La excepción a este principio está dada por la circunstancia que el proveedor haya omitido informar debidamente al consumidor su derecho a revocar (artículo 1111).

Puede acontecer que el bien objeto del contrato haya llegado a poder del consumidor antes de la aceptación. En ese caso, el plazo se computa desde la recepción de aquél.

25. Deber de informar el derecho a la revocación.

El Código civil y comercial de la Nación ha regulado el deber al que se refiere el título. La disposición consagra al proveedor como titular del deber y la obligación de que la información se halle destacada del resto de las restantes cláusulas contenidas en el documento así como su ubicación en el texto, así como el efecto derivado de la falta de información. Lo hace a través de la siguiente disposición:

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

26. Fuentes.

Constituye fuente parcial de esta disposición, la previsión contenida en el artículo 34, apartado 2, ley 24.240 modificado por ley 26.361.

La obligación del proveedor, consistente en informar al consumidor por escrito su facultad de revocación, tiene como fuentes el artículo 9 inciso 1 del "Código Europeo de Contratos", (Grupo Pavía/Gandolfi), donde se alude al derecho del consumidor a "desistir del contrato". En igual sentido, se lo redacta en el artículo 1267 inciso 1 de la "Propuesta para la modernización del derecho de las obligaciones y contratos" para España del año 2010. A su vez, en Francia, se lo enuncia como "renunciar al pedido" (artículo L. 121-25, "Code la consommation". Una vez más nos hallamos con un mismo fenómeno jurídico que adopta distintas denominaciones. Entre nosotros, técnicamente no es de uso las frases "desistimiento del contrato", ni la de "renuncia al pedido". Por el contrario, examinamos la revocación como un medio de extinción del contrato. Lo propio acontece en el Código civil italiano, artículos 800 a 809 o en el Código civil español, artículos 644 y 1732.

27. Contenido de la disposición.

Debemos reconocer la riqueza de la disposición proyectada, aunque en una apretada síntesis podamos afirmar que: (a) la información que el proveedor debe suministrar al consumidor, debe serlo en caracteres destacados, de modo que su inserción en el/los documento contractual, no pase desapercibida; (b) la referida información debe ser suministrada en período de tratativas o en el documento con el que se instrumenta el contrato; y (c) en ambos casos, debe ser incluida en la disposición inmediatamente anterior a la firma del acto.

Se le asigna tal trascendencia a la información, al punto que la infracción a dicha obligación posee un efecto sobre el plazo de reflexión: se lo tiene por no extinguido mientras subsista la omisión.

28. Forma y plazo para notificar la revocación.

En este caso, la regulación apunta al deber del consumidor consistente en notificar al proveedor su decisión y los medios que puede utilizar para hacerlo. Se lo regula del siguiente modo:

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

29. Fuentes y plazo de la revocación.

El Proyecto Europeo de Contratos (Grupo Pavia/Gandolfi) alude a la forma escrita del desistimiento (artículo 159 inciso 1) "en la que se puede limitar a expresar su intención de desistir del contrato o de su oferta".

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. En este sentido se decide el artículo L. 121-16, "Code de la consommation", Francia.

30. Forma.

Universalmente, la forma que adopta la información sobre el derecho que asiste al consumidor a revocar su aceptación es la escrita. En efecto, el artículo 1111 establece 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. En países como España se prevé la entrega al comprador en el momento de ejecución del contrato de un documento de desistimiento de la compra, lo que facilita las cosas al consumidor/adquirente ya que la mayor parte de ellos carecen de conocimientos jurídicos suficientes, pudiendo resultarles la redacción de un documento de revocación, una dificultad insalvable para el ejercicio del derecho (31). La excepción, se halla constituida por una conducta tácita del consumidor consistente en la devolución de la cosa. Se trata de un acto inequívoco que hace presumir la revocación de pleno derecho.

31. Efectos de la revocación.

El Código civil y comercial de la Nación regula los efectos derivados de la revocación a través de la siguiente disposición:

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

32. Fuente y consideraciones previas.

Fuente parcial de esta disposición lo constituye el artículo 159 incisos 3 y 4 del "Código europeo de contratos" (Grupo Pavia/Gandolfi).

Las obligaciones correspectivas refieren al reintegro por el proveedor de las sumas recibidas, sin retención de gastos (artículo 1115), aunque sí, parece razonable, el costo de la devolución del bien. La disposición no establece plazos, lo que presupone la necesidad de que lo sea "lo antes posible".

De lo hasta aquí expuesto, surge evidente que, anunciado el proveedor de la revocación del contrato, las partes se hallan habilitadas para exigir la restitución de lo entregado.

33. Quid del contrato financiado.

La cuestión no ha sido regulada en el Código civil y comercial de la Nación.

Existen precedentes legislativos donde se establece que en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o en caso de que el precio haya sido total o parcialmente acordado mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de revocación (artículo 6.4 de la ley 47/2002 que transpuso la Directiva comunitaria 7/97 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia). Como se advierte, nos hallamos en presencia de un contrato conexo, lo que significa que a estar a lo dispuesto por el artículo 1075 del Proyecto nos hallamos frente a un supuesto de frustración de la finalidad económica del contrato.

34. Imposibilidad de devolución.

El Código civil y comercial de la Nación ha regulado la hipótesis consistente en que la devolución por parte del consumidor, sea imposible. Lo ha hecho manteniendo subsistente el derecho a revocar el contrato aun cuando la misma le sea imputable en cuyo caso el consumidor debe afrontar el pago de la prestación a valor de mercado. Lo ha hecho a través de la siguiente disposición:

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

35. Fuente, principio general y excepciones.

La fuente se halla constituida por el artículo 1265 inciso 5 de la "Propuesta para la modernización del derecho de los Contratos y Obligaciones", para España del 2010. El principio general consiste en que la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor o usuario, no privará a éste de ejercitar el derecho de revocación. Si la referida imposibilidad es imputable al consumidor, éste deberá afrontar el pago a valor de mercado a favor del proveedor que la prestación hubiese tenido al tiempo del ejercicio del derecho a retractación, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso sólo deberá pagar este último.

36. Los gastos efectuados por la retractación.

En cuanto a los gastos del reintegro de la prestación el Código civil y comercial de la Nación ha dispuesto:

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

La disposición es clara en cuanto dispone que el consumidor se halla exonerado de gastos con motivo de haber ejercido el derecho de retractación. La referencia apunta, a continuación, a la circunstancia regulada en el artículo 1113, en el sentido que, notificada la retractación las partes deben reintegrarse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido. Pues bien, en ese caso, si el bien que, en su momento, recibió el consumidor ha disminuido su valor siempre y cuando sea consecuencia de su uso "conforme lo pactado o a su propia naturaleza", nada debe reembolsar. En cambio, sí tiene derecho al reembolso de los "gastos necesarios y útiles" que realizó en ella. El reembolso puede ser efectuada por todo medio de pago, ello sin perjuicio que el profesional/proveedor puede proponer una modalidad de reembolso que el consumidor puede aceptar o no [\(32\)](#).

37. Excepciones al derecho de revocar.

A través de una norma supletoria, el Código civil y comercial de la Nación ha enunciado las distintas hipótesis que constituyen excepción al derecho de revocar:

Artículo 1116. Excepciones al derecho de revocar. "Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

a) Los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) Los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) Los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas".

38. Fuentes. Excepciones.

La fuente de esta disposición, lo constituye la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista de España.

Las tres excepciones al derecho de revocar a las que se alude en la disposición se fundan en un caso (a) en la improponibilidad de la revocación cuando el bien adquirido ha sido encomendado por el consumidor quien suministró al proveedor todas las especificaciones. Dicho de otro modo, el bien o el servicio no fue ofrecido al consumidor sino, por el contrario, encargado por éste.

La otra hipótesis, emparentada con la anterior, es la que está referida a un bien personalizado, entendiéndose por tal, el que ha sido confeccionado sólo para la persona del consumidor de modo tal que, por su naturaleza, no puede ser devuelto o puede deteriorarse rápidamente.

Otra exclusión se halla constituida por los supuestos previstos en (b) ya que la circunstancia que haya sido el consumidor quien haya decodificado las grabaciones sonoras, videos, programas informáticos sitúa la hipótesis de una conducta inequívoca y concluyente de aceptación por parte del consumidor siendo, por tanto, inadmisibles la retractación. Finalmente, la naturaleza del servicio diario o periódico de suministro de prensa, publicaciones o revistas, hace imposible el ejercicio del derecho de revocar.

(1) Unas u otras de aquellas técnicas de comercialización, son habituales en Argentina, y muchas veces, de aplicación generalizada. Por ejemplo, las ofertas fuera de los locales comerciales, de cursos privados de capacitación (computación, idiomas, etc.) efectuadas a domicilio, de viajes estudiantiles (en los establecimientos educacionales); ofertas por correo efectuadas por empresas proveedoras de tarjetas de crédito y de medicina prepaga; venta de bienes a domicilio o por correspondencia; ofertas con premios en el mercado de alimentos; ventas a plazos y ahorro previo en materia de automotores, electrodomésticos, etcétera.

(2) PIZZIO, J. P., Code de la Consommation, Montchrestien, Paris, 1996, pág. 145.

(3) La aparición permanente de nuevas técnicas agresivas de comercialización, no reguladas por la ley 24.240 (p. ej., las llamadas ventas encadenadas y piramidales, etc.), torna siempre ineludible la aplicación judicial de aquellas cláusulas abiertas consagradas en el Código Civil (preservación de la buena fe, del ejercicio regular de los derechos, de la equidad, de la justicia conmutativa como justicia correctora, etc.).

(4) CAS, G., La Défense du Consommateur, Presses Universitaires de France, Paris, 1980, pág. 29; ORIANA, F., "La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, 1975, nro. 4, pág. 1573.

(5) Además, las normativas extranjeras sobre la materia, conceden al consumidor un plazo de reflexión, dentro del cual pueda manifestar su arrepentimiento, sin necesidad de expresión de causa, dejando sin efecto el contrato sin responsabilidad alguna por el uso normal que se haya efectuado de los bienes durante dicho periodo (BAUMANN, D., Droit de la Consommation, Litec, Paris, 1977, pág. 64; CALAIS-AULOY, J., op. cit., pág. 193).

(6) Calais-Auloy destaca la reacción del ordenamiento jurídico francés contra el fenómeno de la "telecompra", ahora también en extraordinaria expansión en Argentina. La ley francesa de 1988 reglamenta los programas de televisión en los que se ofrecen artículos o servicios que los espectadores pueden adquirir, aceptando la oferta por correo, teléfono u otros medios. Se fija un máximo de noventa minutos de programas de "telecompra" a la semana, que se deben diferenciar claramente de los mensajes publicitarios (con prohibición de mencionar la marca del artículo) e informar con precisión al consumidor sobre las cualidades, precios y condiciones de venta de los objetos ofrecidos. La ley francesa de 1989 establece, respecto de las ofertas por teléfono o dispositivos telemáticos, que deben ser confirmadas por escrito, y el consumidor no queda vinculado hasta que ha firmado y devuelto la confirmación escrita (CALAIS-AULOY, J., "La venta a domicilio y la venta por correo en el derecho francés", en Estudios sobre Consumo, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 42 y sigs.).

(7) En Francia son siete días hábiles (art. L. 121-16, Code de la Consommation) lo que deja un margen mayor de reflexión en favor del consumidor.

(8) CABALLERO LOZANO, J. M., "Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento", R.D.P., diciembre de 1994, pág. 1051.

(9) Parece una solución elemental, pues es dable suponer que el nivel de "debilidad" que llevó al consumidor a aceptar una oferta antieconómica o inútil, sea la misma causa por la cual se resigne también a omitir manifestar su arrepentimiento. Jean Calais-Auloy explica hasta qué punto está en juego el problema de los consumidores débiles (ignorantes, vulnerables, niños, ancianos, analfabetos, inmigrantes, etc.), en materia de ventas a domicilio y ambulantes, que la ley francesa de 1972 incrimina como delito penal el abuso de la debilidad o ignorancia del consumidor para conseguir que firme un contrato, hasta con pena de prisión de cinco años (CALAIS-AULOY, J., "La venta...", cit., pág. 40). La Corte de Apelación de Lyon, in re "Min. Publ. c/ Estevenon et autres" del 19-IX-1990, considera culpables de ese delito penal, a los comerciantes que abusan del bajo nivel de instrucción y de la escasa aptitud de razonamiento de sus víctimas (Recueil Dalloz-Sirey, Paris, 1991, Cahier 18e., págs. 250 y sigs.). El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, aunque no con referencia

específica a las ofertas a domicilio, destaca genéricamente como prácticas comerciales abusivas, aquellas que impliquen "prevalerse de la debilidad o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, conocimientos y condición social, para imponer sus productos o servicios" (art. 39, inc. IV).

(10) Por ejemplo, en materia de seguros de vida, o revistas, ofrecidos por empresas de tarjetas de crédito, etc., prestaciones propuestas por empresas de medicina prepaga, etcétera.

(11) GLOUTEL, H., *Le Contrat de Consommation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, pág. 102.

(12) PRESSMAN, R. S., *Software Engineering: a Practitioner's Approach*, Mc Graw-Hill, 1982, págs. 14 y sigs.

(13) En los hechos, el proponente que desea emitir una propuesta indica a su computadora el número telefónico del destinatario y, por medio del modem, logra comunicarse con la computadora de este último quien va a recibir el mensaje (oferta) si tiene previamente cargado el software de comunicación.

(14) El fundamento está dado en la circunstancia de que, cuando el ordenador del ofertante recibe los pulsos de aceptación, hasta tanto no lo decodifique, ignora su contenido que, entre otras posibilidades, puede contener una contrapropuesta (cfr., STIGLITZ, Rosana M., "Contratos celebrados por medio de computadoras", en *Contratos. Teoría General* —STIGLITZ, R. S., dir.—, cit., T. I, pág. 227).

(15) PERRY, T. S., "Can computer crime be stoped?", *IEEE Spectrum*, vol. 21, nro. 5, mayo, 1984, págs. 34 y sigs.; SCHULTZ, R. D. - CÁRDENAS, A. F., "An approach and mechanism four auditable and testable advanced transaction systems", *IEEE Trans. on Software Engineering*, vol. 13, nro. 6, junio 1987, págs. 666-676.

(16) ATAL, B. S., "Automatic recognition of speakers from their voices", *Proc. IEEE*, vol. 64, abril 1976, págs. 460-475.

(17) TOU, J. T. - GONZALES, R. C., *Pattern Recognition Principles*, Addison-Wesley, Reading, Massachusetts, 1974, págs. 5 y sigs.

(18) CLARIZIA, R., *Informatica e Conclusione del Contratto*, Collana diretta da Guido Alpa, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 99 y sigs.

(19) GIANNANTONIO, E., *El Valor Jurídico del Documento Electrónico*, Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1987, págs. 108 y sigs.

(20) Picod Ives-Davo Hèléne", "Droit de la consommation", *Dalloz*, 2010, n° 78, pág. 53

(21) Raymond Guy, "Droit de la consommation", *Litec*, París, 2011, n° 360, pág. 183

(22) Acedo Penco Angel, "Derecho de consumo", *Dikynson*, Madrid, 2012, pág. 154.

(23) Picod Ives-Davo Hèléne, ob. cit., n° 86, págs. 57/61

(24) Lasarte Alvarez Carlos, "Manual sobre protección de consumidores y usuarios", *Dykinson*, Madrid, 2010, pág. 209.

(25) Acedo Penco Angel, Ob. cit., pág. 151.

(26) Para el Proyecto de Código civil y comercial de la Nación, se trata de un elemento esencial en los contratos de duración (artículo 1011).

(27) Hemos tomado como punto de referencia la Directiva 7/97 del 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, vigente en la actualidad la Unión Europea.

(28) Raymond Guy, "Droit de la consommation", *Litec*, París, 2011, n° 309, pág. 165.

(29) Raymond Guy, ob. cit., n° 302, pág. 162.

(30) Riefa Christine, "Contratos electrónicos con consumidores: recientes problemas legales", en "La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico", *Civitas*, Madrid, 2011, pág. 323 y ss.

(31) Lasarte Alvarez C., ob. cit., pág. 224.

(32) Picod Yves, "Code de la consommation", *Dalloz*, París, 2011, pág. 110.

