

SMART CONTRACS – CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS APORTADOS A LAS PLATAFORMAS- CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS.

Dr. Marcelo Fabián Boedo

Colegio de Abogados de Morón

Ante el irrefrenable avance de las contratación por medios electrónicos en la actividad diaria, maximizado además por el exponencial desarrollo de las nuevas tecnologías (contratos bancarios, plataformas de pago electrónico, tarjetas de crédito y consumo, Mercado Libre, Marketplace de Facebook, Play Station, PayPal, servicio de internet, plataformas de videos y entretenimiento, etc- que por ende y como nuevo hecho social se encuentran exentas de un marco regulatorio específico adecuado y eficiente que las contenga hasta tanto el legislador logre asimilar los cambios - asimilación está a la que el mencionado término “exponencial” deja pocas luces de esperanza- habremos de señalar someramente cuáles son algunos de los aspectos que conforme la casuística entendemos más relevantes, al menos en términos generales.-

EL CAMBIO DE PARADIGMA:

Sin lugar a dudas como disruptivo se presenta el caso de los Smarts contracts: contratos inteligentes, mediante los cuales se establecen acciones que se ejecutarán en forma automática, prescindiendo de intermediario o contratante que la ejecute, por estar previamente programada en el sistema, por ejemplo: Si ante la locación de un automotor (Vgr. Toyota), el locatario dejase de abonar el canon, comenzarán de modo automático y control satelital mediante, a dejar de funcionar accesorios de confort de la unidad, el aire acondicionado, hasta llegar de modo progresivo a bloquear el funcionamiento de la unidad, que obviamente se encuentra satelitalmente rastreada por el locador, lo cual permitirá su inmediato recupero.

Vemos así entonces como la auto ejecutabilidad de este tipo de contratos logra de modo inmediato por vía del hecho, lo que al sistema judicial le hubiese tomado un largo proceso vinculado a un incumplimiento contractual. Lo que si bien lo libera y deja al margen y por decisión de las partes de la tarea acordaron éstas resolver por sí mismas agilizando así el tráfico del comercio, entendemos que deberíamos repensar cual es el rol del estado en cuanto a su intervención en la autonomía de la voluntad

de las partes en los acuerdos celebrados, por cuanto si bien el reseñado se presenta como un caso en el que la justicia no interviene ante la solución por vía de hecho de las partes, no habremos de olvidar que en las antípodas de ello se encuentra el caso en el que en lugar de una cosa mueble, lo contratado versa sobre un bien raíz, en el que si ante igual incumplimiento de locatario en el pago del arriendo, el locador procediese a - sin violencia sobre las cosas o personas- interrumpir el suministro de los servicios como gas o electricidad, tornando así menos funcional la habitabilidad del inmueble, tendría en este caso no solo un reproche en el orden civil o comercial, sino una reprimenda en el fuero penal por la comisión del delito de usurpación previsto en el artículo 181 del código penal.

Entonces, siendo de público conocimiento que en determinadas zonas de condiciones económicas marginales en la que los inmuebles se alquilan con contratos que ni siquiera son escritos y que finalizan con la expulsión sin más del inquilino y sus pertenencias ante el incumplimiento del pago, nos encontramos ante la gran paradoja de que tanto en el extremo del mundo más avanzado mediante la ejecución de smart contracts como en los más postergados de nuestra nación, presenciamos formas contractuales en las que el sistema judicial no ingresa en un caso por el avance y la eficiencia de la tecnología y en el otro por la extrema marginación de los sujetos intervinientes, que pese a encontrarse “protegidos por la legislación vigente” terminan por vía de hecho celebrado un contrato “autoejecutable”. Asimetría ésta el ente estatal debería abordar, sea asimilando los principios de las nuevas formas contractuales, o, en su caso velando por el pleno cumplimiento de la norma escrita, independientemente de la condición social del ámbito en que se aplique.

CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS APORTADOS A LA SPLATAFORMAS

Otra cuestión compleja se devela en cuanto a la privacidad y protección de los datos personales que el usuario suministra a cada plataforma con la que interactúa. - Considerándose a estos por tratamiento de datos, debe entenderse aquellas operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias (Art. 2 ley 25326).

Cuestión que en la ley a ley 25506 de firma digital aborda algunos de estos aspectos al regular las obligaciones del certificador licenciado y los derechos del titular

de un certificado digital, que se traduce en obligaciones tales como la de mantener el control exclusivo de sus propios datos de creación de firma digital e impedir su divulgación, operar utilizando un sistema técnicamente confiable de acuerdo con lo que determine la autoridad de aplicación, recabar únicamente aquellos datos personales del titular del certificado digital que sean necesarios para su emisión, quedando el solicitante en libertad de proveer información adicional y mantener la confidencialidad de toda información que no figure en el certificado digital, entre otros.

Por fuera de este ámbito específico, que dicho sea de paso deja de lado la firma electrónica, de tan basta aplicación en la actividad contractual, se encuentra la tutela de su antecesora ley 25326 de protección de datos personales, sancionada con el fin de garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas y el acceso a la información de ellas se registre.

Para finalizar no podemos dejar de remarcar y ponderar la legislación de un país vecino, más precisamente de Chile, en donde encontramos una minuciosa regulación de estos delicados aspectos en la “Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma” (19.799). El art. 23 del citado cuerpo normativo, sin realizar discriminación alguna según el tipo de firma, efectúa un interesante abordaje de la temática, ⁽¹⁾

Por lo que entendemos procedente a fin de aminorar los riesgos, la adaptación de la legislación vigente de modo que se torne específica a esta modalidad contractual, de modo que sancione severamente los incumplimientos efectuados.

CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS:

Ante la asimetría de poderío desplegado ente estas apps y el usuario, que desembocan en la suscripción de contratos de adhesión que vedan por completo la posibilidad de negociación de condiciones contractuales por parte de este último, es que quedará como camino sucedáneo la ulterior facultad del órgano judicial de revisión de las cláusulas suscriptas.

Un claro ejemplo de ellos son las directivas establecidas por la app conocida como “Mercado pago“, perteneciente a Mercado Libre, cuyas condiciones contractuales inician proclamando que “En cualquier caso, la utilización del Servicio implica la aceptación por parte del Usuario de las Condiciones Generales y Cualquier persona

(1) (Cfr. *Contratos Electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales. Tomo I EDLaLeyEBook capítulo IX*)

que no acepte estos términos y condiciones generales, los cuales tiene un carácter obligatorio y vinculante, deberá abstenerse de utilizar el sitio y/o los Servicios”. Ello amplificado por la posibilidad de variación por parte del oferente de las condiciones ya pactadas, implementado el sistema de aceptación tácita por parte del usuario, al expresar que Mercado Pago podrá modificar en cualquier momento estas Condiciones Generales. Y notificará los cambios al Usuario publicando una versión actualizada en el sitio con expresión de la fecha de la última modificación, comunicación a la cuenta del cliente, o mensaje al mail brindado por el usuario - modificaciones que por otra parte se entenderán aceptadas en caso de no haber sido repudiadas por la contraparte dentro de los 10 días de su publicación, en cuyo caso, lejos de la posibilidad de negociación de las mismas, contará con la sola opción de la disolución del vínculo.-

Entonces, ante este método claramente abusivo desplegado por los prestadores es que a tenor de los Arts. 35, 37 y 38 de la LDC y 1118 y 1119 del CCyC, será la autoridad de aplicación la encargada de vigilar que en los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas, como aquellas que limitan la responsabilidad por daños, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, entre otros. Refiriendo además en cuanto a la facultad de modificación contractual, la prohibición de ofrecimiento de una cosa o servicio que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice, lo cual parece ser un claro salvoconducto tendiente a la normalización de la anómala situación.

CONTRA CARGOS INDEBIDAMENTE EFECTUADOS:

Otro punto no menos complejo se erige respecto de la discrecional facultad de la plataforma de efectuar contra cargos según su leal saber y entender facultándolo asimismo efectuar los débitos no solo de de su Cuenta Mercado Pago, sino de aquellas que sean también operadas por éste a criterio razonable de este último.

Se ha dicho que este mecanismo de auto tutela privada, aun cuando se encuentre expresamente previsto en las cláusulas predisuestas aceptadas por el comercio, sólo deberán validarse en casos extremos en los que se verifique o una maniobra fraudulenta de la cual el establecimiento haya participado en asocio con un tercero (supuesto de venta ficticia) o una conducta negligente que haya contribuido a su existencia, asegurando el derecho de defensa al comercio adherido. Se entiende que el recurso inmediato al contracargo, ante cualquier alegado incumplimiento por parte del establecimiento adherido, es una práctica contractual abusiva, frecuente en

la cotidianeidad del sistema de tarjeta de crédito, pero no por ello menos reprochable ⁽²⁾

Por otra parte, si bien no nos encontramos aquí frente a las denominadas entidades bancarias sino a proveedores de servicios de pago, que se encuentran autorizados a operar como por el Banco Central de la República Argentina, que los ha definido como personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del sistema de pagos, tal como ofrecer cuentas de pago. ⁽³⁾ reciben igualmente control por parte de la entidad madre, por lo que entre otros aspectos, deben efectuar su inscripción en el “Registro de Proveedores de Servicios de Pago que ofrecen cuentas de pago” de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias ⁽⁴⁾, por lo que entendemos entonces no le resulta tampoco ajena la calificación de cosa riesgosa empleada en el ámbito forense para la actividad desplegada a través de la banca electrónica, por lo que entendemos que debería ser esta entidad quien regule de un modo más celoso en todo caso la utilización de cláusulas contractuales claramente abusivas como las mencionadas, a los fines de evitar el ulterior inicio de multiplicidad de acciones judiciales tendientes a corregir de modo individual tales irregularidades. O en su caso, el inicio de acciones de clase orientadas en tal aspecto.

(2) (Martin E. Paolantonio, *Responsabilidad del administrador y sujeto pagador en el sistema de tarjetas de crédito, comentario al fallo de CNCom, sala C, Greco S. C.A. v. Argencard S.A. MasterCard, 22/02/2002, JA2002-IV-757*).

(3) COMA6929BCRA.

(4) COMA6929BCRA.