



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional

Disposición

Número:

Referencia: DISPOSICION EX-2021-07180301- -APN-DGD#MDP

VISTO el EX-2021-07180301- -APN-DGD#MDP del Registro del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, donde tramitó un sumario contra la firma FACEBOOK ARGENTINA S.R.L., CUIT N° 30-71213255-4, con domicilio en la calle Tucumán 1, piso 7°, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con CUIT N° 30-71213255-4, y

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones se iniciaron en virtud de una denuncia formulada por la Dra. Johanna C. Faliero en fecha 25 de enero de 2021 ante la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo, a fin de que se investigue la conducta de la empresa FACEBOOK ARGENTINA S.R.L. con relación a la modificación de los Términos y Condiciones respecto de la Política de Privacidad y las Condiciones del Servicio de su empresa “WhatsApp”.

Que, la Dirección de Protección del Consumidor procedió a analizar los instrumentos “Política de Privacidad” y “Condiciones del Servicio” que obran agregados como IF-2021-34745433-APN-DPCO#MDP e IF-2021-34746941-APN-DPCO#MDP, y que fueron extraídos del sitio web de WhatsApp en fecha 20 de abril de 2021.

Que, mediante providencia del 29 de abril de 2021, la Dirección instructora levantó cargos contra FACEBOOK ARGENTINA S.R.L. por presunta infracción a la Ley de Defensa del Consumidor: “(...) Al respecto, y en virtud de lo previsto por el art. 38 de la Ley N° 24.240, se han analizado los instrumentos contractuales denominados “Condiciones del Servicio de WhatsApp” (última modificación 28 de enero de 2020) y “Políticas de Privacidad de WhatsApp” (última modificación 20 de julio de 2020), que vinculan a las y los consumidores con la firma sumariada -extraídos con fecha 20/04/2021 del sitio Web <https://www.whatsapp.com/>, y agregados mediante los informes gráficos IF-2021-34745433-APNDPCO#MDP e IF-2021-34746941-APN-DPCO#MDP respectivamente, conforme se detalla a continuación. I.- Instrumento denominado “Condiciones del servicio de WhatsApp” (IF-2021-34745433-APNDPCO#MDP). I.1: Cláusula Acerca de nuestros servicios: “(...) Libreta de direcciones. Nos proporcionas regularmente los números de teléfono de los usuarios de WhatsApp y los demás contactos que tienes en la libreta de direcciones de tu teléfono móvil. Confirmas que estás autorizado a proporcionarnos dichos números para permitarnos proveer nuestros Servicios.”. La presente, en su parte

subrayada, resultaría abusiva conforme lo normado por el inciso a) del Anexo de la Resolución S.C.D. y D.C. N.º 53/2003, toda vez que confiere al prestador el derecho exclusivo de interpretar el alcance de las cláusulas contractuales, al arrogarse la facultad de requerir de las y los usuarios del servicio de mensajería, además de los números de teléfono de los usuarios de WhatsApp, los contactos de sus libretas de direcciones -aún cuando aquellos no sean usuarios del servicio-, sin determinar el objeto ni su alcance y, dejándolo librado a su exclusivo arbitrio. Todo ello en resguardo del derecho de información que les asiste a las y los consumidores establecido por el art. 4 de la Ley 24.240. Por ello, corresponde imputar a Facebook Argentina S.R.L., presunta infracción al inciso a), del Anexo, de la Resolución S.C.D. y D.C. N.º 53/2003, complementaria del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor. I.2: Cláusula Acerca de nuestros servicios: “ (...) Tarifas e impuestos. Tú eres responsable por los costos del plan de datos de tu operador de telefonía móvil, así como de las demás tarifas e impuestos asociados con el uso de nuestros Servicios. Podemos cobrarte por nuestros Servicios, incluidos por los impuestos correspondientes. Podemos rechazar o cancelar pedidos. No otorgamos reembolsos por nuestros Servicios (...)”. Con base a lo establecido por el inc. a) del Anexo de la Resolución S.C.D. y DC N° 53/2003, la presente resultaría abusiva, toda vez que habría una indeterminación contractual, al no especificar ante qué supuestos procedería el cobro de los servicios que brinda, ni la cancelación o rechazo del pedido, vulnerando el derecho de información que le asiste a las y los consumidores conforme el art. 4º de la Ley 24.240. Por último, la parte subrayada de la presente, infringiría lo normado por el inciso g) del Anexo de la Resolución citada, toda vez que su redacción implicaría establecer una cláusula de exoneración de responsabilidad prohibida por dicha norma. En virtud de lo expuesto, impútese a FACEBOOK ARGENTINA S.R.L, presunta infracción a los incisos a) y g) del Anexo de la Resolución S.C.D. y DC N° 53/2003. I.3: Cláusula Descargos de responsabilidad: “TÚ DECIDES USAR NUESTROS SERVICIOS A TU PROPIO RIESGO Y SUJETO A LOS SIGUIENTES DESCARGOS DE RESPONSABILIDAD. PROVEEMOS NUESTROS SERVICIOS "TAL Y COMO ESTÁN" Y SIN NINGÚN TIPO DE GARANTÍA EXPRESA O IMPLÍCITA, LO QUE INCLUYE, ENTRE OTRAS, GARANTÍAS DE COMERCIALIZACIÓN, IDONEIDAD PARA UN PROPÓSITO PARTICULAR, TÍTULO, NO INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE CUALQUIER VIRUS INFORMÁTICO U OTRO TIPO DE CÓDIGO DAÑINO. NO GARANTIZAMOS QUE NINGUNA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR NOSOTROS SEA PRECISA, COMPLETA O ÚTIL, QUE NUESTROS SERVICIOS SEAN OPERATIVOS, ESTÉN EXENTOS DE ERRORES, PROTEGIDOS O SEGUROS, O QUE NUESTROS SERVICIOS FUNCIONEN SIN INTERRUPCIONES, DEMORAS O IMPERFECCIONES. “. La disposición transcrita, resultaría abusiva con base en lo establecido en el artículo 37, incisos a) y b) de la Ley N° 24.240, toda vez que amplía los derechos de la predisponente y restringiría los del consumidor, lo que conllevaría también a una desnaturalización de las obligaciones a cargo del prestador. Asimismo, conforme su redacción, establecería una cláusula de exoneración de la responsabilidad de la firma frente al consumidor, al imponerle la responsabilidad y asunción de los riesgos por el uso del servicio que ésta suministra. Por otra parte, se encontraría en infracción al art. 4º de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en tanto, con el propósito de deslindar su responsabilidad, el proveedor incluye una cláusula diametralmente opuesta a su deber, que es el de brindar información cierta, clara y detallada. La predisponente no puede eludir su responsabilidad respecto de la información que ella misma proporciona, la que resulta vinculante para con las y los consumidores. Es dable considerar que la responsabilidad del proveedor, en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor, es objetiva En consecuencia, corresponde imputar a la firma Facebook Argentina S.R.L., presunta infracción al art. 4 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y al inciso g) del Anexo de la Resolución SCD y DC N° 53/2003, atento que la cláusula anteriormente citada, implicaría una exoneración de la responsabilidad del proveedor respecto de los servicios que ofrece, y a los que se encuentra obligado. I.4: Cláusula Descargos de responsabilidad: “(...) NOS LIBERAS A NOSOTROS, NUESTRAS SUBSIDIARIAS, FILIALES Y A NUESTROS Y SUS DIRECTORES, GERENTES, EMPLEADOS, SOCIOS Y AGENTES (EN CONJUNTO, LAS "PARTES DE WHATSAPP") DE CUALQUIER RECLAMO, QUEJA, DEMANDA, CONTROVERSIA O CONFLICTO (EN CONJUNTO, "RECLAMO") Y DAÑOS, CONOCIDOS O

DESCONOCIDOS, RELACIONADOS, DERIVADOS O CONECTADOS DE ALGÚN MODO CON CUALQUIER RECLAMO QUE TENGAS EN CONTRA DE CUALQUIER TERCERO (...). Por medio de la presente, la firma impondría una limitación o exoneración de responsabilidad, y conforme su redacción conllevaría una restricción de los derechos que pudieran asistirle al consumidor, quien podría concluir que no tiene posibilidad de reclamo alguno contra la firma. Por ello, impútase a Facebook Argentina SRL, presunta infracción a los incisos e) y g) del Anexo de la Res. N° 53/2003 SCD y DC, I.5: Cláusula Limitación de responsabilidad: “LAS PARTES DE WHATSAPP NO SERÁN RESPONSABLES DE NINGUNA PÉRDIDA DE GANANCIAS NI DE OTROS DAÑOS RESULTANTES, ESPECIALES, PUNITIVOS, INDIRECTOS O INCIDENTALES RELACIONADOS, DERIVADOS O CONECTADOS DE ALGÚN MODO CON ESTAS CONDICIONES, NOSOTROS O NUESTROS SERVICIOS, INCLUSO EN EL CASO DE QUE SE HAYA AVISADO A LAS PARTES DE WHATSAPP DE LA POSIBILIDAD DE QUE SE PRODUZCAN DICHOS DAÑOS. NUESTRA RESPONSABILIDAD CONJUNTA RELACIONADA, DERIVADA O CONECTADA DE ALGÚN MODO CON NUESTRAS CONDICIONES, NOSOTROS O NUESTROS SERVICIOS NO SOBREPASARÁ EL VALOR DE CIEN DÓLARES (100 USD) O LA CANTIDAD QUE NOS HAYAS PAGADO EN LOS ÚLTIMOS DOCE MESES, LO QUE SEA MÁS ALTO. EL DESCARGO DE RESPONSABILIDAD DE CIERTOS DAÑOS Y LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD ANTERIORES SE APLICARÁN EN LA MEDIDA MÁXIMA PERMITIDA POR LA NORMATIVA APLICABLE. ES POSIBLE QUE LA NORMATIVA DE ALGUNOS ESTADOS O JURISDICCIONES NO PERMITA LA EXCLUSIÓN O LIMITACIÓN DE CIERTOS DAÑOS Y, POR LO TANTO, ES POSIBLE QUE ALGUNAS O TODAS LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DESCRITAS ANTERIORMENTE NO SE APLIQUEN EN TU CASO. SIN PERJUICIO DE CUALQUIER DISPOSICIÓN QUE ESTABLEZCA LO CONTRARIO EN NUESTRAS CONDICIONES, EN TALES CASOS, LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES DE WHATSAPP ESTARÁ LIMITADA AL ALCANCE MÁXIMO PERMITIDO POR LA NORMATIVA APLICABLE.” La presente disposición resultaría abusiva por cuanto implica una ampliación de los derechos de la predisponente al establecer una cláusula de exoneración y/o limitación de su responsabilidad, en perjuicio de las y los usuarios (art. 37 inc. b) Ley 24.240). En este sentido debe recordarse que la responsabilidad del proveedor es objetiva, y el artículo 40 de la Ley N° 24.240 prevé como única eximente, que el proveedor demuestre que "la causa del daño le ha sido ajena" y, que en virtud de ella se ha provocado la ruptura del nexo causal. Asimismo, cabe destacar que, conforme lo establecido por el art. 985 del Código Civil y Comercial de la Nación, las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles, autosuficientes, y poseer una redacción clara, completa y fácilmente legible. En consecuencia, la presente cláusula -conforme su redacción y especialmente en su parte subrayada-, podría inducir a error de las y los consumidores respecto de los derechos que le asisten, dado que no se les brindaría la información de manera cierta clara y detallada conforme lo establecido por el art. 4° de la Ley 24.240. En virtud de lo expuesto, corresponde imputar a Facebook Argentina SRL, presunta infracción al inciso g) del Anexo de la Res. N° 53/2003 SCD y DC en tanto excluye y/o limita la responsabilidad del proveedor por cualquier daño sufrido por las y los usuarios, con motivo de o en ocasión del uso del servicio que se les brinda. I.6: Cláusula Indemnización: “Aceptas defender, indemnizar y librar de toda responsabilidad a las Partes de WhatsApp de toda obligación, daño, pérdida y gasto de cualquier tipo (incluidos los costos y honorarios de abogados razonables) relacionados, derivados o conectados de algún modo con cualquiera de los siguientes puntos: (a) tu acceso a nuestros Servicios o tu uso de ellos, incluida la información proporcionada en relación con estos; (...).” La disposición resultaría abusiva con base en lo establecido en el artículo 37, inc. b) de la Ley N° 24.240, toda vez que ampliaría los derechos de la predisponente y restringiría los del consumidor. Asimismo, establecería una cláusula de indemnidad y exoneración de la responsabilidad de la firma, limitando el ejercicio de derecho a reclamo que pudiese asistirle al usuario. Por ello, impútese a Facebook Argentina SRL presunta infracción al inciso g) del Anexo de la Res. SCDyDC N° 53/2003. I.7: Cláusula Resolución de conflictos: “Foro y jurisdicción. (...) Si no estás sujeto a la sección "Disposición de arbitraje especial para los usuarios de los Estados Unidos o Canadá", aceptas que resolverás cualquier Reclamo que tengas con nosotros

relacionado, derivado o conectado de algún modo con nuestras Condiciones, nosotros o nuestros Servicios (denominados, de forma individual, "Conflicto" y, en conjunto, "Conflictos") exclusivamente en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California o un tribunal estatal ubicado en el condado de San Mateo en California, y aceptas someterte a la jurisdicción personal de dichos tribunales con el propósito de litigar dichos Conflictos. Sin perjuicio de lo anterior, aceptas que, según nuestro exclusivo criterio, podemos elegir resolver cualquier Conflicto que tengamos contigo en cualquier tribunal competente de tu país de residencia que tenga jurisdicción sobre el Conflicto.(...)" La presente, en su parte transcripta, se encontraría en infracción al inc. e), I. de la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003 en tanto otorga al proveedor la facultad exclusiva de elegir el tribunal competente para la resolución de conflictos, restringiendo de esta forma los derechos de las y los consumidores al establecer una prórroga de jurisdicción en favor de la predisponente. Asimismo, cabe considerar que una cláusula como la transcripta, resulta contraria a nuestro ordenamiento jurídico. Por lo expuesto, corresponde imputar a Facebook Argentina SRL, presunta infracción al inc. e), I. de la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003 y al art. 37, inciso b) de la Ley N° 24.240, ya que la prórroga de jurisdicción implicaría una renuncia o restricción de los derechos de las y los consumidores que, consecuentemente, amplían los del proveedor, al disponer que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta a la del lugar del domicilio del consumidor. I.8: Cláusula Disponibilidad y terminación de nuestros servicios: "Disponibilidad de nuestros Servicios. Nuestros Servicios pueden ser interrumpidos, incluso para mantenimiento, reparaciones o actualizaciones, o por fallos de equipo o la red. Podemos discontinuar en cualquier momento algunos o todos nuestros Servicios, incluidas algunas funciones y la compatibilidad con ciertos dispositivos y plataformas. Nuestro Servicios pueden verse afectados por eventos fuera de nuestro control, como desastres naturales y otros eventos de fuerza mayor. Terminación. Podemos modificar, suspender o terminar tu acceso a nuestros Servicios o tu uso de ellos en cualquier momento y por cualquier motivo (...)" La presente cláusula implicaría una ampliación de los derechos de la predisponente, quien se arroga la facultad de modificar, suspender, discontinuar o terminar el servicio vigente entre partes, dejándolo librado a su exclusivo criterio. Ello conllevaría a una indeterminación contractual, al no establecer parámetros objetivos dentro de los cuales procedería la suspensión, ni circunstancias ante las cuales terminaría la prestación de los servicios indicados. Por lo expuesto, imputese a Facebook Argentina SRL presunta infracción al art. 37 inc b) de la Ley 24.240 y, al Inc. a) del Anexo de la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003. Por último, la presente, en su parte subrayada y conforme su redacción, se encontraría en infracción al inc. c) de la citada Resolución N° 53/2003, toda vez que la predisponente se arroga la facultad de terminar la prestación del servicio vigente, en cualquier momento y por cualquier motivo, es decir, aún cuando no medie incumplimiento del consumidor, y sin que se prevea notificación previa al mismo. En razón de ello, imputese a Facebook Argentina SRL presunta infracción al art. 37 inc b) de la Ley 24.240 y, al Inc. c) del Anexo de la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003. I.9: Cláusula Otras disposiciones: "(...) Nuestros Servicios no están destinados para distribución o uso en ningún país donde dicha distribución o uso podría infringir la legislación local o nos sometería a reglamentaciones de otro país. Nos reservamos el derecho de limitar nuestros Servicios en cualquier país...". La presente cláusula resulta una ampliación indebida de los derechos de la predisponente, prohibida por el artículo 37 de la Ley N° 24.240, toda vez que encontrándose disponible el servicio suministrado en nuestro territorio el mismo debe prestarse dando cumplimiento a la legislación del país, en el caso, a la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y demás normativa complementaria. Por otra parte, la cláusula contiene una indeterminación que vulneraría lo normado en el inciso a) de la Resolución SCD y DC N° 53/2003, en tanto confiere al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas. Asimismo, dicha cláusula, conforme su redacción, no resultaría clara, pudiendo vulnerar el derecho a la información que le asiste a las y los consumidores establecido en el art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor. Ello, teniendo presente lo previsto, por un lado, por el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando dispone que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles, autosuficientes, y poseer una redacción clara, completa y fácilmente

legible, y, por el otro, el principio de integración establecido por el art. 3º de la Ley de Defensa del Consumidor. Al respecto, es necesario recordar que el mencionado artículo prevé que las disposiciones del Estatuto de las y los consumidores se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y, en virtud de ello se toman en consideración los criterios establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nacional (Ley 26.994). En consecuencia, corresponde imputar a Facebook Argentina SRL presunta infracción al inciso a) de la Resolución N° 53/2003 y al art. 4º de la Ley N° 24.240. I.10: Cláusula Otras disposiciones: “(...) Nuestras Condiciones están escritas en inglés de los Estados Unidos. Cualquier versión traducida se proporciona exclusivamente para tu conveniencia. En caso de que existan discrepancias entre la versión original en inglés y una versión traducida de nuestras Condiciones, la versión original en inglés es el documento vinculante. ...”. Teniendo presente los argumentos anteriormente expuestos para la disposición precedente (punto I.9), la cláusula transcrita infringiría el art. 4 de la ley N° 24240 toda vez que tornaría imprevisibles las condiciones que rigen el servicio para con las y los consumidores, incumpliendo el proveedor -de esta manera con su deber de suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada, información acerca de las condiciones que rigen el servicio. Asimismo, la presente resultaría abusiva en los términos del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor. Por lo expuesto, imputese a Facebook Argentina SRL presunta infracción a los arts. 4º y 37 incisos a) y b) de la Ley N° 24.240. I.11: Cláusula Otras disposiciones: “(...) Podemos modificar o actualizar estas Condiciones. Te avisaremos de las modificaciones a nuestras Condiciones, según sea apropiado, y actualizaremos la fecha de “Última modificación” en la parte superior de nuestras Condiciones. Al continuar tu uso de nuestros Servicios, confirmas tu aceptación de nuestras Condiciones, con cualquier modificación. Si no estás de acuerdo con nuestras Condiciones y con sus modificaciones, debes dejar de usar nuestros Servicios. Por favor revisa nuestras Condiciones de vez en cuando...”. La disposición arriba transcrita resultaría abusiva toda vez que la predisponente se arroga la facultad de modificar unilateralmente el contrato a su exclusivo criterio, sin establecer parámetro objetivo alguno. Por otra parte, conforme su redacción, pondría en cabeza del usuario la obligación de notificarse de cualquier modificación que introduzca el prestador en los términos y condiciones, otorgándole carácter de aceptación al silencio del consumidor, quien asimismo podría desconocer la existencia de la modificación indicada, al dejar librado ello a su revisión “de vez en cuando” de los términos contractuales aludidos. Asimismo, vulneraría lo normado con carácter de orden público por la Ley N° 24.240, especialmente el derecho de información que les asiste a las y los consumidores en virtud de lo previsto por el su art. 4º. En razón de lo expuesto, corresponde imputar a la firma Facebook Argentina S.R.L presunta infracción a los incisos a) y b) del Anexo a la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003, complementaria del artículo 37 de la Ley 24.240. I.12: Cláusula Otras disposiciones: “(...) Todos nuestros derechos y obligaciones en nuestras Condiciones se asignan libremente a cualquiera de nuestras afiliadas, en relación con una fusión, adquisición, restructuración o venta de activos, o por operación de ley o de otro modo, y podemos transferir tu información a cualquiera de nuestras afiliadas, entidades sucesoras o propietarios nuevos.” La presente resultaría abusiva, toda vez que importaría una ampliación de derechos de la predisponente en perjuicio de los del usuario y vulneraría lo normado con carácter de orden público por la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales. Ello toda vez que no daría cumplimiento a los requisitos allí establecidos para el consentimiento del tratamiento de datos personales, siendo que el consentimiento dado por el titular debe ser libre, expreso e informado (Art. 5º Ley N° 25.3263). Al respecto es necesario recordar que, el artículo 3º de la Ley N° 24.240 prevé que las disposiciones del Estatuto de las y los consumidores se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y, en virtud de ello se toman en consideración las previsiones de la Ley N° 25.326. Por lo expuesto imputese a Facebook Argentina S.R.L. presunta infracción al art. 37 inc. b) de la Ley 24.240. II.- Instrumento denominado “Política de privacidad de WhatsApp” (IF-2021-34746941-APNDPCO#MDP).- II.1: Cláusula Información que recopilamos: (...) Información de tu cuenta. Proporcionas tu número de teléfono móvil para crear una cuenta de WhatsApp. Nos proporcionas los números de teléfono de la libreta de contactos de tu teléfono móvil regularmente, incluidos los de los usuarios de nuestros Servicios y los de los demás contactos de la libreta de

contactos de tu teléfono móvil. Confirmas que estás autorizado a proporcionarnos dichos números(...).”. La cláusula arriba transcripta, resultaría abusiva conforme los argumentos oportunamente esgrimidos para la cláusula “Acerca de nuestros Servicios” del instrumento denominado “Condiciones del Servicio” (Punto I.1). Por ello, impútese a Facebook Argentina S.R.L., presunta infracción al inciso a), del Anexo, de la Resolución S.C.D. y D.C. N.º 53/2003, reglamentaria del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor. II.2: Cláusula Cómo usamos la información: “Comunicaciones acerca de nuestros Servicios y las empresas de Facebook. (...) Podemos proporcionarte marketing para nuestros Servicios y los de la familia de empresas de Facebook, de la cual ahora formamos parte.” La presente resultaría igualmente abusiva, toda vez que importaría una ampliación de derechos de la predisponente en perjuicio de los del usuario y vulneraría lo normado con carácter de orden público por la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales. Ello toda vez que supone que a tal fin la firma sumariada habría compartido datos de las y los consumidores con otras empresas, sin haber dado cumplimiento a los requisitos allí establecidos para el tratamiento de datos personales, siendo que el consentimiento dado por el titular debe ser libre, expreso e informado (Art. 5º Ley N° 25.3263). Al respecto es necesario recordar que, el artículo 3º de la Ley N° 24.240 prevé que las disposiciones del Estatuto de las y los consumidores se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y, en virtud de ello se toman en consideración las previsiones de la Ley N° 25.326. Por lo expuesto impútese a Facebook Argentina S.R.L. presunta infracción al art. 37 inc. b) de la Ley 24.240.. II.3: Cláusula Empresas filiales: “(...) Nos unimos a la familia de empresas de Facebook en 2014. Como parte de la familia de empresas de Facebook, WhatsApp recibe información de esta familia de empresas y comparte información con ellas. Ambas partes podemos usar la información que recibimos para operar, proporcionar, mejorar, entender, personalizar, respaldar y comercializar nuestros Servicios y lo que ofrecen. Esto incluye ayudar a mejorar los sistemas de infraestructura y de entrega, entender cómo se usan nuestros Servicios o los de ellas, proteger los sistemas y combatir las actividades de infracción, abuso o mensajes no solicitados. Facebook y las demás empresas de la familia de Facebook también pueden usar nuestra información para mejorar tus experiencias con sus servicios, así como sugerencias (por ejemplo, de amigos o conexiones, o de contenido interesante), mostrar anuncios y ofertas relevantes. No obstante, tus mensajes de WhatsApp no se compartirán en Facebook. Es decir, nadie los verá. De hecho, Facebook no usará tus mensajes de WhatsApp para ningún otro propósito que no sea el de asistirnos en operar y proveer nuestros Servicios (...)”. La presente resultaría abusiva toda vez que importaría una ampliación de derechos de la predisponente en perjuicio de los del usuario, y vulneraría lo normado con carácter de orden público por la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, al arrogarse la facultad de compartir información acerca de datos personales de las y los usuarios del servicio entre distintas empresas. Por lo expuesto, impútese a Facebook Argentina S.R.L. presunta infracción al art. 37 inc. b) de la Ley 24.240 conforme los argumentos oportunamente esgrimidos para la Clausula “Otras Disposiciones” del instrumento denominado “Condiciones del servicio”, Punto I.12 del presente, parte pertinente. II.4: Cláusula Cesión, traspaso de control y transferencia: “Todos los derechos y obligaciones establecidos en nuestra Política de privacidad podrán cederse libremente a cualquiera de nuestras afiliadas, en relación con una fusión, adquisición, reestructuración o venta de activos, o en virtud de una ley o de otro modo, y podemos transferir tu información a cualquiera de nuestras afiliadas, entidades sucesoras o propietarios nuevos.” La presente, conforme su redacción, podría vulnerar lo establecido por la normativa de orden público, toda vez que el art. 11 de la Ley N° 25.326 dispone que los datos personales sólo pueden ser cedidos con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario. Ello en resguardo del derecho de información que les asiste a las y los consumidores, y en virtud del principio de integración normativa legalmente previsto en la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 3 y 4 Ley N° 24.240). Por lo expuesto, conforme su redacción, la presente resultaría abusiva, correspondiendo imputar a Facebook Argentina SRL, presunta infracción a los arts. 4º y 37 inc. a) y b) de la Ley N° 24.240. II.5: Cláusula Actualizaciones a nuestra Política: “Podemos modificar o actualizar nuestra Política de privacidad. Te avisaremos de las modificaciones a esta

Política de privacidad, según sea apropiado, y actualizaremos la fecha de "Última modificación" en la parte superior de esta Política de privacidad. Al continuar tu uso de nuestros Servicios, confirmas tu aceptación de nuestra Política de privacidad, con cualquier modificación. Si no estás de acuerdo con nuestra Política de privacidad y con sus modificaciones, debes dejar de usar nuestros Servicios. Por favor revisa nuestra Política de privacidad de vez en cuando." La cláusula arriba transcrita resultaría abusiva toda vez que la predisponente se arroga la facultad de modificar unilateralmente el contrato a su exclusivo criterio, sin establecer parámetro objetivo alguno. Por otra parte, conforme su redacción, pondría en cabeza del usuario la obligación de notificarse de cualquier modificación que introduzca el prestador en los términos y condiciones, otorgándole carácter de aceptación al silencio del consumidor. Por otra parte, la firma se reserva el derecho de comunicar dichas modificaciones "según sea apropiado", lo que importaría arrogarse el derecho de establecer el criterio de lo que resultaría apropiado. Asimismo, vulneraría lo normado con carácter de orden público por la Ley N° 24.240, especialmente el derecho de información que les asiste a las y los consumidores en virtud de lo previsto por el su art. 4°. En virtud de ello, impútese a la firma Facebook Argentina S.R.L. presunta infracción a los incisos a) y b) del Anexo a la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003, complementaria del artículo 37 de la Ley 24.240. Hágase saber al presunto infractor que en el término de cinco (5) días hábiles improrrogables, a contar desde la notificación, deberá presentar por escrito su descargo y ofrecer las pruebas que hacen a su derecho (art. 45 de la Ley N° 24.240), bajo apercibimiento de darle por decaído el derecho (...)"

Que, en el número de orden 36, se dejó constancia de la notificación electrónica del auto de imputación transcripto, y demás constancias de autos a la firma sumariada (IF-2021-37470150- -APN-DPCO#MDP).

Que, asimismo, se le otorgó plazo de ley para presentar su descargo y pruebas de las que intente valerse a través de la plataforma de Trámites a Distancia, dejándose constancia de las instrucciones para su efectivización. Todo lo cual fue notificado de manera electrónica en fecha 29.04.2021.

Que, con fecha 7 de junio de 2021, al encontrarse vencido el plazo para la presentación de descargo y pruebas por parte de la sumariada, la Dirección instructora procedió a remitir los presentes actuados a la Coordinación de Actuaciones por Infracción a los fines de su resolución.

Que en este estado se encuentran las actuaciones para resolver.

Que, previo a analizar el fondo de la cuestión es menester resaltar que las y los consumidores se desenvuelven en el mercado en una situación de vulnerabilidad respecto de los proveedores. Ante esto, el derecho a la información tiende a menguar la asimetría que se suscita, por lo que garantizarlo resulta esencial.

Que, a los fines de proveer a la protección de este derecho, quienes presten servicios o comercialicen bienes con los consumidores en entornos digitales, se encuentran sometidos al cumplimiento de toda la normativa que conforma y se integra al sistema protectorio de las y los consumidores.

Que a fin de hacer operativo ese derecho es necesario que las y los consumidores reciban información de parte de los proveedores, en forma cierta, clara y detallada de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen, las condiciones de su comercialización, así como toda otra circunstancia relevante para el contrato, debiendo ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión (conf. art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor y art. 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Que, en ese sentido, resulta indispensable conocer el contenido de los contratos de adhesión a suscribir por los consumidores. Pero no solo para que las y los consumidores puedan conocer sus derechos y obligaciones, sino

también para que la Autoridad de Aplicación pueda efectuar el control administrativo de las cláusulas abusivas que puedan incluir este tipo de contratos.

Que, a mayor abundamiento, la finalidad de la Ley 24.240 sancionada por el Congreso de la Nación es otorgar una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales, recomponiendo el equilibrio que deben tener los vínculos entre proveedores y consumidores, los que se ven afectados permanentemente ante situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana.

Que, en pos de esta finalidad, la tarea encomendada a la autoridad de aplicación es la de dictar medidas concretas como la que refleja la normativa reglamentaria, que se incorporan al entramado del Derecho de los Consumidores.

Que, basado en la experiencia acumulada en las oficinas de Defensa del Consumidor de todo el país, en las que estadísticamente cobraban relevancia los conflictos que se suscitaban en el marco de contrataciones de productos y servicios a distancia, se vislumbraron inconvenientes denunciados por los consumidores en cuanto a las dificultades ocasionadas por la falta de información, todo ello relacionado a las condiciones de la contratación.

Que se exige una tutela especial dado que la asimetría estructural de los consumidores respecto de los proveedores se ve manifiestamente acrecentada bajo esta modalidad contractual. Uno de los principales escollos al que éstos se enfrentan, que es inherente de este tipo de contratación por su técnica de formación, es la existencia de cláusulas abusivas e inequitativas para los adherentes. Y es este punto el que motiva el deber de vigilancia del Estado en resguardo de la parte débil de esta relación. “... *El profesional es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral; es quien concentra en sí propio y frente al cocontratante un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio*”. (Stiglitz, Rubén S., “La teoría del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en: La Ley 13/06/2012, 1 – La Ley 2012-C,1288. cita Online: AR/DOC/2180/2012).

Que el artículo 38 de la Ley de Defensa del Consumidor establece en cabeza de la autoridad de aplicación, en ejercicio del poder de policía otorgado por la legislación, el deber de vigilar que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas, ya que las y los consumidores contratan directamente sin posibilidad de negociar. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos celebrados en formularios, reproducidos en serie y, en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Que el Decreto 1798/1994, reglamentario de la Ley N° 24.240, complementa la disposición anterior estableciendo: “*La Autoridad de Aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el art. 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar la circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas por el art. 47 de la ley 24.240*”, toda vez que el efecto principal del control administrativo es esencialmente preventivo. En el supuesto de que la autoridad de aplicación verifique la existencia de dichas cláusulas, notificará sobre tal situación al proveedor correspondiente para que las elimine de sus contratos y comunique de tal situación a los contratos en curso (conf. Barocelli, Sergio Sebastián, “La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, p235 Cita: TR LALEY AR/DOC/900/2016).

Que frente a la evidente situación de vulnerabilidad que detentan por naturaleza las y los consumidores -máxime en tiempos de pandemia-, y con el objetivo impostergable del Estado de brindarles protección y resguardo en el ejercicio de sus derechos, surge el imperativo de dar curso a denuncias como la incoada en las presentes actuaciones.

Que, ahora bien, el Artículo 45 de la Ley N° 24240 establece: *“La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio, por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial. Se procederá a labrar actuaciones en las que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida. En el expediente se agregará la documentación acompañada y se citará al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho. Si las actuaciones se iniciaran mediante un acta de inspección, en que fuere necesaria una comprobación técnica posterior a los efectos de la determinación de la presunta infracción y que resultare positiva, se procederá a notificar al presunto responsable la infracción verificada, intimándolo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles presente por escrito su descargo”*.

Que analizadas las constancias de autos cabe concluir, que el procedimiento efectuado en el expediente que se trata resultó ajustado a derecho, toda vez que se especificaron concretamente los hechos verificados y las disposiciones infringidas, otorgándosele a la empresa sumariada el plazo de ley para presentar descargo y ofrecer pruebas, en un todo conforme a las prescripciones contenidas en el Artículo 45 de la Ley N° 24240.

Que, aun encontrándose debidamente notificada, tal la constancia del número de orden 36, la firma sumariada no ha presentado escrito de descargo, no obstante se resolverá con lo obrado en tanto la verificación de los hechos reprochados en autos hacen nacer por sí la responsabilidad del infractor, toda vez que las infracciones como las constatadas son de las llamadas formales, donde la verificación de los hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor y no se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley. En efecto, se está frente a ilícitos denominados de “pura acción” u “omisión” y, por tal motivo, su apreciación es objetiva (conf. CNACAF, Sala II, “Telecom Personal SA c/ D.N.C.I. s/ Recurso Directo Ley 24.240 – Art. 45”, de fecha 18 de febrero de 2015; íd. Sala II, “Peugeot Citroën Argentina S.A. c/ D.N.C.I. s/ Ley de Defensa del Consumidor – Ley 24.240 – Art. 45”, de fecha 3 de noviembre de 2016).

Que, en esta instancia corresponde señalar que WhatsApp es una aplicación cuya principal funcionalidad es proveer un servicio de mensajería digital. En palabras de la empresa, *“WhatsApp comenzó como una alternativa a los SMS. Nuestro producto ahora admite el envío y la recepción de una variedad de medios: texto, fotos, videos, documentos y ubicación, así como llamadas de voz. Algunos de sus momentos más personales se comparten con WhatsApp, por lo que incorporamos un cifrado de extremo a extremo en nuestra aplicación. Detrás de cada decisión de producto está nuestro deseo de permitir que las personas se comuniquen en cualquier parte del mundo sin barreras”* (“About WhatsApp: Our Mission” <https://www.whatsapp.com/about?lang=es>).

Que, posteriormente, en 2014 WhatsApp fue adquirida por Facebook para integrar el conglomerado de redes sociales que esta compone.

Que, conforme se expresó en los considerandos anteriores, el presente sumario se instrumentó con el fin de investigar posibles violaciones a la Ley de Defensa del Consumidor por parte de la firma FACEBOOK ARGENTINA SRL, en virtud de ciertas determinaciones insertas en las cláusulas de las Condiciones del Servicio

y la Política de Privacidad de WhatsApp, que podrían resultar abusivas a la luz de la normativa protectora de las y los consumidores.

Que, en ocasión del relevamiento efectuado, se identificaron múltiples disposiciones en los instrumentos –que debían ser aceptados por los usuarios para hacer uso del servicio brindado por WhatsApp— que resultaban abusivas en los términos del Artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y que incumplían, asimismo, con la obligación de brindar información cierta, clara y detallada a los usuarios del servicio.

Que, en virtud de ello se levantaron cargos por presunta infracción al Artículo 4° de la Ley N° 24.240, el cual establece: *“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 en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico”*.

Que, asimismo, se imputó a FACEBOOK ARGENTINA S.R.L. presunta infracción al Artículo 37° incisos a) y b) del mencionado cuerpo normativo, que establece: *“Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (...) La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”*.

Que, en dicha línea de pensamiento, se consideró que ciertas cláusulas resultaban abusivas de acuerdo a lo establecido en los incisos a), b), c), e) y g) del Anexo a la Resolución SCDyDC N° 53/2003. Aquellas que *“a) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas; b) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos; c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor. En los contratos por tiempo indeterminado podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales; (...) e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie; (...) g) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible”*.

Que, hay que resaltar que la firma sumariada ofrece un servicio que se instrumenta mediante un contrato, que es celebrado por adhesión a cláusulas predisuestas donde la relación establecida entre los contratantes es asimétrica, fundamentalmente desde el punto de vista jurídico, porque los términos de la relación son establecidos unilateralmente por la empresa Facebook Argentina SRL.

Que es importante destacar que la implementación del sistema de derechos y obligaciones comprometidos en autos, se encuentra instrumentado a través de un contrato de adhesión, en el cual las empresas pre-redactan las cláusulas contractuales, eliminando el período de negociación. De esta manera, si bien permite simplificar las

operaciones comerciales, agilizando el tráfico mercantil y posibilitando la uniformidad de riesgos, al contratante, denominado por la doctrina y jurisprudencia como “la parte más débil del contrato”, sólo le queda la posibilidad de aceptar las condiciones fijadas o no celebrar el contrato, es decir el consumidor tiene, en principio, libertad de contratación, más no libertad de configuración (Conf. CNACAF, Sala II, “Lloyds Bank (BL SA) LTD c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, causa n° 43.834/99, de fecha 22 de agosto de 2000), lo que pone de relieve la existencia de diferencias ostensibles, tanto económicas como técnicas entre la empresa y los consumidores.

Que se exige una tutela especial dado que la asimetría estructural de los consumidores respecto de los proveedores se ve manifiestamente acrecentada bajo esta modalidad contractual, circunstancia que motiva el deber de vigilancia del Estado en resguardo de la parte débil de esta relación.

Que, por tales razones, nos hallamos frente a contratos donde existe un interés público comprometido en el accionar de las empresas (art. 65 de la Ley 24240), lo que conlleva la necesidad de intensificar el control estatal a fin de brindar tutela jurídica a los particulares.

Que, en tal sentido, la Ley de Defensa del Consumidor por su contenido de orden público de protección tipifica diversos supuestos de estipulaciones contractuales que el legislador ha reputado como abusivas y, por tanto, ineficaces, en los contratos de consumo y ha impuesto a la Autoridad de Aplicación la obligación de vigilar que las relaciones de consumo no contengan dichas cláusulas abusivas, pormenorizando diversos supuestos específicos en la Resolución N° 53/2003, reglamentaria de los artículos 37 y 38 de la Ley N° 24.240.

Que, es posible observar de las constancias obrantes en autos que los instrumentos denominados “Condiciones del Servicio” y “Políticas de Privacidad” poseen contenido que no sólo resulta abusivo en los términos que se expondrán más adelante, sino que vulnera uno de los pilares fundamentales –sino el más importante— sobre el cual se erige la estructura del sistema protectorio del consumidor: el derecho a la información. Ello así porque resulta ser la herramienta clave para tratar de equilibrar la relación de consumo, desde la etapa previa a la celebración del contrato hasta la etapa postcontractual o, incluso, frente a los efectos de los contratos ante terceros, dado que las partes se encuentran normalmente en posiciones desiguales, encontrándose la balanza a favor del proveedor, quien posee la pericia y la experiencia inherente a su negocio. Ello amerita que este derecho tenga expreso sustento constitucional en el art. 42.

Que, el derecho a recibir información cierta, completa y detallada cobra particular relevancia en los contratos denominados de adhesión –aquellos en los que el adherente se limita aceptar las condiciones impuestas unilateralmente por el predisponente— dado que se encuentra suprimida la capacidad negocial de las y los consumidores.

Que la mas prestigiosa doctrina ha dicho que “... *el objetivo prioritario del movimiento del consumidor en la materia, viene configurado por la necesidad de profundizar las comunicaciones al público, sobre el complejo de los elementos determinantes para la libre elección de las operaciones económicas mas convenientes (...) a la acentuación del nivel de anoticiamiento, sigue por naturaleza la concientización del consumidor sobre sus propios derechos y, por ende, el fortalecimiento en alguna medida, de su originaria posición de debilidad en el mercado*” (Stiglitz, Gabriel A., “Protección Jurídica del Consumidor”, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 36).

Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que “... *la información que exige el art. 4° está orientada a brindar al cliente datos útiles para tomar una decisión, y a conseguir una satisfactoria ejecución del contrato en cuanto a la utilización del producto o servicio*” (Farina, Juan, “Defensa del consumidor y del usuario”, pág. 106).

Que, de los instrumentos que componen el contrato de adhesión de WhatsApp pueden señalarse como violatorios del derecho a la información cláusulas como aquellas que: imponen un posible cobro por los servicios utilizados sin especificar en qué casos procedería dicho cobro o por qué monto; preavisan que no se garantiza que la información proporcionada sea precisa, completa o útil; denuncian que el texto del contrato es una mera traducción puesta a disposición del usuario que carece de validez, y que prevalecerían las disposiciones del idioma original; demandan del usuario atender posibles modificaciones unilaterales de las condiciones del contrato por parte de la empresa a fin de anoticiarse de las mismas en lugar de comunicarlas directamente, informando además que el continuar con el uso de los servicios se entiende como aceptación de la actualización.

Que resulta mínimamente básico en cualquier relación de consumo indicar en qué casos procedería el cobro del servicio prestado y el monto que debería desembolsar el consumidor por el mismo, por lo cual su falta de transparencia no es sólo inaceptable sino abusiva por parte del proveedor.

Que, por otro lado, aducir que la información proporcionada puede no ser precisa o que las disposiciones de la versión en idioma original (inglés) prevalecen por sobre las de la traducción, no hacen otra cosa que generar incertidumbre en el lector y de que su única opción es someterse a la interpretación del proveedor, sin mencionar que el verdadero objetivo de dichas cláusulas no es otro que limitar la responsabilidad de la firma.

Que, asimismo, poner en cabeza del consumidor la carga de revisar ocasionalmente si hubo actualizaciones a los términos del contrato implica una escisión total de su obligación de informar, máxime cuando se considera la unilateralidad de dichas modificaciones.

Que, se ha observado también como constante en las cláusulas cuestionadas supeditar la vigencia de la cláusula a lo que establezca la ley aplicable, v. gr.: negar reembolsos o limitar la responsabilidad por daños, salvo que la ley indique lo contrario; o determinar que la provisión del servicio no se encuentra destinada a países donde el uso o distribución del mismo pueda infringir con la normativa local, o someta a la empresa a las reglamentaciones de otro país.

Que, si bien dichas disposiciones parecerían, a primera vista, respetuosas de la reglamentación impuesta por cada jurisdicción, en realidad ocasionan que el consumidor sea nuevamente el encargado de informarse o estar al tanto respecto de qué disposición debe prevalecer.

Que, en tal sentido, resulta relevante citar el Artículo 985 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece: *“Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato...”*.

Que, no cabe lugar a dudas respecto de la autosuficiencia que debe dotar a las cláusulas de un contrato de adhesión. En el caso de autos, la empresa pone en cabeza del usuario reconocer si lo inserto en el contrato resulta válido de conformidad con la normativa aplicable, es decir, no sólo ignora su obligación de brindar información cierta, clara y detallada, sino que traslada esa carga a un sujeto que es lego en la materia, la misma persona que debería gozar del beneficio de ser debidamente informado.

Que, como se ha señalado oportunamente, el derecho a la información es uno de los pilares sobre los que reposa el sistema tuitivo de las y los consumidores y tiene jerarquía constitucional por la incorporación del artículo 42 a nuestra Ley Fundamental, convirtiéndose en uno de los elementos esenciales para limitar la asimetría entre consumidores. En las relaciones de consumo ese deber se ve particularmente acentuado, se encuentra íntimamente

vinculado con el principio de buena fe y constituye una valiosa herramienta prevista para conjurar la superioridad económica-jurídica que generalmente detentan los proveedores de este tipo de servicios.

Que, asimismo, año tras año resulta ostensible el incremento del uso de esta herramienta como vía de comunicación no solo en Argentina, sino en el mundo entero.

Que tras la declaración del virus del Covid-19 como pandemia y la emergencia sanitaria dictado por las autoridades estatales, configuraron una circunstancia que necesariamente ha estimulado su uso, sumado a nuevos usuarios a ese servicio, quienes no siempre cuentan con los conocimientos tecnológicos, ni el manejo habitual de las redes sociales, por lo que la obligación de informar a las y los consumidores que utilizan sus servicios -entre ellos, al grupo que podemos identificar como hipervulnerables-, debió ser veraz y adecuada para que puedan *tomar su decisión de manera absolutamente consciente*.

Que, al respecto se ha sostenido que, el “... *deber de información deberá conjugarse con las previsiones del art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 4° de la LDC, el art. 1110 del nuevo Código Civil y las previsiones constitucionales locales, en cuanto establece que la información deberá ser adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, comprensible, transparente y oportuna*” (Stiglitz, Gabriel A., Hernández, Carlos A., Barocelli Sergio S., “La protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles”; publicado en: La Ley Online; Cita Online AR/DOC/2991/2015).

Que, incluso, por la envergadura del caso, vale pensar si a FACEBOOK ARGENTINA SRL no le cabe una obligación de información acentuada que parte de la doctrina denomina deber de advertencia. “*El deber de advertencia se diferencia del deber de informar en que importa un "plus" sobre la información a suministrar: implica poner en conocimiento del consumidor no cualquier cantidad o tipo de datos, sino aquellos suficientes y adecuados para evitarle un daño. De allí que constituye una manifestación específica del deber de informar, que tiene carácter instrumental respecto de la obligación de seguridad. La obligación del proveedor de advertir al consumidor no está limitada a los supuestos de comercialización de cosas o servicios riesgosos: es exigible con independencia de cuál sea la naturaleza o cualidades del producto o servicio prestado, es decir, aun cuando se trate de cosas o servicios que puedan catalogarse como no riesgosos en sí mismos. No se agota con la comercialización del producto, sino que subsiste aún después (...) Siempre que haya relación de consumo, habrá obligación de seguridad —derivada de la cláusula constitucional de protección de los consumidores—, así como deber de información y advertencia*” (Tévez, Alejandra, “El deber de advertencia en las relaciones de consumo”, publicado en La Ley 5.05.2015, cita on line: TR LALEY AR/DOC/1265/2015).

Que conforme lo precedentemente desarrollado, la información brindada por la firma sumariada en las cláusulas referidas resulta incompleta e inadecuada, por lo que resta decir que se encuentra configurada la infracción al artículo 4° de la Ley N° 24.240.

Que, asimismo, la falta al Artículo 4° de la Ley de Defensa del Consumidor observada en cláusulas predisuestas en contratos de adhesión perfila que las mismas son abusivas toda vez que o bien amplían los derechos del predisponente en detrimento del adherente o directamente restringen los derechos de este último.

Que, en ese sentido, se han marcado ciertas cláusulas que resultan lesivas en los términos del Artículo 37° de la Ley de Defensa del Consumidor y de su normativa complementaria (Anexo a la Resolución N°53/2003). Así, se identificaron disposiciones cuyo objeto era limitar la responsabilidad de la firma o conferirle la potestad de interpretar el contrato, lo que importa ulteriormente una desnaturalización de las obligaciones de la empresa o nuevamente una restricción a los derechos del usuario ampliando los del proveedor.

Que, como ha señalado la doctrina *“Es característica definitoria de la cláusula abusiva que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero. El desequilibrio contractual significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuerto al consumidor. En suma, el profesional que es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que ha creado de forma unilateral, concentra en sí propio y frente al cocontratante, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio. Con ese poder de negociación supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor”*. (Nicolau, Noemí L – Stiglitz, Rubén S., “Cláusulas abusivas”, La Ley 25.04.2011, LA LEY2011-B, 1145, cita online: TR LALEY AR/DOC/1135/2011).

Que, entre las cláusulas que pretendían una dispensa de responsabilidad para la empresa se destacan aquellas que: indican que no se otorgan reembolsos por el uso del servicio; advierten que el usuario decide utilizar el servicio bajo su propio riesgo; informan que la empresa no se hará responsable de ninguna pérdida de ganancias ni de otros daños resultantes de las condiciones del contrato o del uso del servicio; imponen un monto máximo al valor de la responsabilidad; imponen al usuario defender, indemnizar y librar de responsabilidad a la firma, de toda obligación, daño, pérdida y gasto de cualquier tipo, derivado del acceso o uso del servicio.

Que, respecto de la prohibición a las cláusulas que tienen por objeto limitar la responsabilidad del proveedor, tiene dicho la doctrina que: *“Se trata de evitar la traslación de los riesgos propios del quehacer empresario, de oponer una barrera a la presión de liberarse de los daños por las razones que fueren: incumplimientos, retardos, alteración en las prestaciones prometidas, con la invocación de que el consumidor “conocía” y “aceptó” asumirlos, y de allí las condiciones pactadas, el plazo, los intereses, etcétera”* (Jorge Mosset Iturraspe, “Las cláusulas abusivas, usurarias o vejatorias. Saneamiento. Criterios para su determinación: la serie cerrada; la serie abierta; las pautas generales”. Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 2 - Noviembre 2015).

Que, por otro lado, de la lectura de los términos y condiciones provistos por la sumariada para el servicio de WhatsApp puede observarse la presencia de abundante indeterminación contractual, que para la firma significa arrogarse la potestad de interpretar el contrato, y para el usuario implica nuevamente ponerse a merced de aquello que decreta el proveedor como palabra del contrato. Así se identifican aquellas disposiciones que: autorizan a la empresa a acceder a todos los contactos de la libreta de direcciones del dispositivo móvil, sean o no usuarios de WhatsApp, sin especificar con qué fines y alcance; supediten la interpretación del contrato al idioma original, suprimiendo el valor contractual de la traducción provista; informen la posibilidad de futuras modificaciones unilaterales, indicando que las mismas serían comunicadas “según sea apropiado”.

Que, en todos los supuestos citados supra puede apreciarse la intención de la firma de arrogarse el derecho exclusivo de llenar aquellas lagunas que plagan el contrato según sus propias directrices e intereses, lo que esencialmente acarrea la ampliación de los derechos de FACEBOOK ARGENTINA S.R.L. en desmedro del consumidor.

Que, a su vez, también abusivo apropiarse de la facultad de rescindir sin causa el contrato, sin que medie el incumplimiento del consumidor, lo que puede observarse en cláusulas que permiten al proveedor discontinuar en cualquier momento el servicio o modificar, suspender o terminar el acceso del usuario al servicio en cualquier momento y por cualquier motivo.

Que, en el caso descripto, no cabe dudas que, al apropiarse de la potestad de modificar a su propio juicio las cláusulas contractuales, la firma se ha apoderado de una herramienta que inclina la balanza peligrosamente en su favor, que es exactamente lo que la norma imputada intenta evitar.

Que, por otro lado, cabe en esta instancia mencionar la ilicitud de la cláusula que dispone una prórroga de jurisdicción en favor de la predisponente.

Que, hay que decir que lo que se pretende evitar con la fiscalización y remoción de este tipo de cláusulas es que los proveedores se escuden en sus instrumentos contractuales utilizando a su favor las condiciones conforme las cuales estipula con las y los consumidores. En el caso, la cláusula transcripta no ofrece duda alguna acerca de su carácter abusivo, toda vez que de la simple lectura se concluye que el proveedor se reserva el derecho de litigar en la jurisdicción que el mismo asigna por conveniencia territorial, circunstancia que se encuentra prohibida por la normativa que conforma el sistema protectorio de los consumidores (cfr. Arts. 1109 y 2654 CCyCN).

Que, de esta manera, resulta patente que las cláusulas en cuestión representan para el proveedor facultades pasibles de restringir los derechos del consumidor, ampliando en consecuencia sus propios derechos.

Que, como se viene señalando hasta ahora, los contratos de adhesión son constantemente objeto de un profundo escrutinio, dado que tienen tendencia a desatender aquello sin lo cual carecerían de validez: el principio de buena fe que se encuentra previsto en el Artículo 37° de la Ley N° 24240, respecto del cual señala Álvarez Larrondo que es cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales (Conf. Álvarez Larrondo, Federico M., "La buena fe en la ley 24.240", La Ley 09/06/2009).

Que de este principio surgen dos sub principios: el principio de confianza y el principio de transparencia. Respecto del principio de confianza, debemos recordar que en la sociedad de consumo la publicidad, la difusión de la marca, la imagen corporativa, las promociones y otras configuraciones y prácticas de mercado generan en el consumidor diversas expectativas respecto de la solvencia, la calidad, la seriedad y eficiencia de las empresas de las que adquieren o utilizan bienes o servicios. Por tales configuraciones, los consumidores de manera lógica y razonable depositan su confianza en los proveedores de estos bienes y servicios. El principio de confianza se perfila entonces como la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basadas en normas comunes compartidas por todos los miembros de esa comunidad. Por lo tanto, en el valor confianza importa que el consumidor sustente la aceptación -como hito del consentimiento contractual- en la apariencia generada por el proveedor a partir de la profesionalidad asumida (conf. Barocelli, Sergio Sebastián, "Los principios del Derecho del Consumidor como orientadores de la interpretación y aplicación en el diálogo de fuentes", en Barocelli, Sergio Sebastián (Director) *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2016, ps. 29/30).

Que la problemática de las llamadas "cláusulas abusivas" es una derivación del instituto del abuso del derecho en materia contractual. En este sentido, el carácter de abusivo de cierta cláusula puede surgir de ella misma o de su combinación con otra. Asimismo, el análisis sobre la abusividad de una cláusula puede analizarse teniendo en cuenta su redacción (visión estática) o su aplicación (visión dinámica). En este entendimiento, el instituto no debe circunscribirse a la noción de "cláusula contractual" en sentido estricto, sino, en sentido amplio, comprendiendo todo y cualquier pacto o estipulación contractual, escrita o verbal y de todas las formas posibles de hacer nacer relaciones de consumo.

Que, en este punto, corresponde tratar aquellas cláusulas que resultan abusivas en tanto restringen los derechos de

los consumidores a la protección de su privacidad y sus datos personales: al establecer que la información del usuario puede ser transferida a cualquier afiliada de la empresa, entidades sucesoras o nuevos propietarios en caso de fusión, adquisición, reestructuración o venta de activos, o por cualquier operación de ley; al avisar que la información compartida por el usuario puede ser compartida con el resto de las empresas filiales de Facebook.

Que, en esta instancia resulta necesario recordar que el Artículo 3° de la Ley N° 24.240 prevé que las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y, en virtud de ello, se deben tomar en consideración las previsiones de la Ley de Protección de Datos Personales.

Que, en virtud de la integración normativa, *“... el Derecho del Consumidor no se reduce normativamente solo a la LDC o a las disposiciones pertinentes del CCyCN. A rigor de verdad, su contenido es mucho mas amplio, incluyendo un conjunto de normas íntimamente relacionadas entre sí, que, en conjunto, conforman lo que se suele denominar como el “Estatuto del Consumidor”, que no es otra cosa que el bloque normativo que tiene por objeto brindar tutela jurídica a los consumidores y usuarios (...) Por otra parte, cabe advertir que no existe el peligro de superposición de normas que regulen situaciones similares, pues en dichos casos, la propia LDC, en su art. 3° (párrafos segundo y tercero), establece el principio de aplicación de la norma mas favorable al consumidor...”* (Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor Comentado”, Tomo I, 2da edición, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2019, ps. 270/271).

Que, de conformidad con lo expuesto corresponde destacar que la Ley N°25.326 fue sancionada con el objeto de resguardar la autodeterminación informativa del titular de datos, es decir, tiene por objeto tutelar la información personal íntima y no íntima frente a su utilización incontrolada o disfuncional (conf. BAZÁN, Víctor, “El hábeas data como proceso constitucional autónomo. Protección a la autodeterminación informativa”, La Ley 21/11/2012). Asimismo, respecto del tratamiento y la cesión de datos personales la norma requiere el consentimiento libre, expreso e informado del titular de los mismos, lo cual resulta de imposible cumplimiento al insertar cláusulas que meramente comuniquen que los datos serán transferidos de manera automática, sin siquiera dar aviso en caso de que dicha transferencia sea llevada a cabo, para que el consumidor tenga la posibilidad de reevaluar su consentimiento o ejercer los derechos y acciones que la Ley le confiere; ni tampoco explica si resultan aplicables las excepciones establecidas en la norma (conf. Art. 11 Ley N° 25.326).

Que, sobre este punto cabe señalar que la información puede considerarse en sí misma una mercancía ya que tiene un valor intrínseco por su contenido y significado. Por ello, la recolección de la mayor cantidad de datos posibles de los consumidores puede reportarle a los proveedores beneficios potenciales.

Que, sobre este punto cabe señalar que *“... el consumidor puede tener la percepción de que su confianza se encuentra comprometida. Mientras que por una parte el comercio electrónico permite un cierto grado de anonimidad, respecto de la sociedad y por la falta de publicidad de sus actos; por otra encuentra reparos por la protección, privacidad y seguridad que merecen sus datos y el posible procesamiento que pueda hacer el proveedor de ellos, lo cual requiere un cumplimiento adecuado del proveedor de su deber de información y seguridad”*. (Barocelli, Sergio Sebastián, “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en los entornos digitales”, publicado en la edición especial La Ley XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia un Código nacional de defensa del consumidor”, 8.11.2021, ps. 7/8).

Que, en un contexto como el contemporáneo, en el cual las relaciones comerciales cada vez más frecuentes en los entornos digitales –lo que permite el almacenamiento prácticamente ilimitado de información—, los proveedores tienen la obligación de extremar los cuidados en el manejo de datos personales y arbitrar todas las medidas

necesarias para tratar responsablemente la información proporcionada por los usuarios.

Que, en efecto, la Ley N° 25.326 prevé que “[e]l responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado (...) Queda prohibido registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad” (cfr. Artículo 9°).

Que, cláusulas como las reprochadas en autos generan incertidumbre en el titular de los datos por su contenido ambiguo, pues no queda claro de qué manera sería utilizada la información recopilada, quién o quienes tendrán acceso a ella, si la misma se encontrará debidamente resguardada, y cómo y ante quién podrán ejercer los derechos y acciones que emanan de la Ley N° 25.326.

Que, si bien lo habitual es que los proveedores de servicios digitales pongan a disposición de los usuarios sus políticas de privacidad –que estos se encuentran compelidos a aceptar para poder utilizar la plataforma– éstas no siempre se caracterizan por su transparencia y por encontrarse redactadas en un lenguaje accesible, “[d]e esta forma, y a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última: que el usuario comprenda el objeto, la finalidad y el plazo para el que son recabados y tratados sus datos personales” tornándose una actividad peligrosa “... [d]ada la gran cantidad de datos personales que los usuarios publican en sus perfiles, éstos se convierten en auténticas “identidades digitales” que facilitan un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias y hábitos del usuario” (Schiavi, Pablo, “La protección de los datos personales en las redes sociales”, publicado en: RDA 2013-89, 01/09/2013, 1509 Cita: TR LALEY AR/DOC/6307/2013).

Que, en este sentido resulta “(...) menester aclarar que la protección de los datos personales no sólo es un fin en sí mismo, sino además un medio legal para proteger otros derechos fundamentales, tales como la igualdad, el honor, la integridad psicofísica e incluso la libertad de expresión” (“Guía de Evaluación de Impacto en la Protección de Datos”, Agencia de Acceso a la Información Pública, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_final.pdf).

Que, como se ha señalado, la igualdad, el honor, la vida privada, la intimidad, la libertad de expresión, entre otros, son los derechos que se encuentran en juego durante el tratamiento y gestión de datos personales, lo que ocasiona necesariamente que dicha actividad sea considerada de tipo riesgosa.

Que, existen diversas situaciones de riesgo a los que pueden verse expuestos las y los consumidores de redes sociales y que ameritan una especial dedicación para la protección de sus datos personales, a saber: phishing, pharming, spam, suplantación de identidad, instalación y uso de cookies sin el conocimiento del usuario, entre otros.

Que, sin ir más lejos, resulta relevante recordar el escándalo generado por una maniobra de la consultora Cambridge Analytica al lanzar una aplicación web (GSRApp o “thisisyourdigitallife”) en la cual el usuario debía ingresar con su cuenta de Facebook y cuyo fin era contestar una encuesta de personalidad y otras temáticas, a la vez que, habiendo informado al usuario que no se recopilaría información de identificación personal, recababa información como “Likes” o “Me gusta” del usuario y sus “amigos” de sitios públicos de Facebook. Como resultado, se estima que se recabó información de aproximadamente 250.000 usuarios que se registraron en la aplicación y entre 50 y 65 millones de “amigos” de dichos usuarios. Dicha información fue posteriormente utilizada para crear un algoritmo que generaba en los usuarios afectados anuncios de índole político y con fines

electorales (Opinion of the Federal Trade Commission in the matter of Cambridge Analytica, LLC, a corporation. Docket No. 9383. Issued: November 25, 2019).

Que, cabe destacar que el cumplimiento de las normas en análisis posee consecuencias en la cotidianeidad de las y los consumidores. En efecto, la protección del consumidor en las relaciones de consumo entabladas a través de internet favorece la generación de confianza en la utilización de este tipo de medios. En este sentido, consecuentemente, el derecho a la información del consumidor es un factor de transparencia que facilita la toma de decisiones del consumidor. De ahí la necesidad que el Estado intervenga fiscalizando el estricto cumplimiento a la normativa que se trata.

Que, además, es un agravante a considerar que el contexto actual coloca al consumidor en una posición extremadamente más vulnerable que una situación normal, y dado que la utilización de los entornos digitales se ha tornado en este último tiempo en una herramienta indispensable para alcanzar un equilibrio entre el desarrollo de la actividad económica y el cuidado de la salud de la población, los derechos y expectativas de los consumidores en su buen funcionamiento deben ser especialmente resguardados por esta Autoridad de Aplicación.

Que, este régimen protectorio encuentra asidero en nuestra Constitución Nacional que, prevé *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”* (artículo 42 CN, 1º y 2º párrafo).

Que, así, nuestro Tribunal ha entendido que *“... la ley 24.240 fue sancionada por el Congreso de la Nación con el fin de otorgar una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales –los consumidores recomponiendo con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana”* (Cámara de Apelaciones CAyT, Sala I, Vocalía 1, “Amx Argentina SA c/ DGDPC s/ Recurso Directo” de fecha 8 de mayo de 2018).

Que, lo que sanciona la Ley 24240 es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios, que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor.

Que, cabe agregar que las cláusulas transcriptas resultan contrarias a la normativa precedentemente mencionada, conspiran contra la transparencia en las transacciones en los entornos digitales y coloca al consumidor en una situación de mayor vulnerabilidad. En este sentido, se ha dicho, a propósito de las relaciones de consumo en el marco del comercio electrónico, que *“... la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurando un trato no familiar”* (Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 42).

Que, asimismo, dan cuenta de esta problemática las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General mediante la resolución 39/248. Dicho documento establece que

“Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio” (punto 63). Asimismo, los Estados Miembros deben *“... garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital”* (punto 64).

Que, dado que las sumariadas han cometido hechos que encuadran en descripciones de conductas que merecen sanción, su impunidad sólo podría apoyarse en la concreta aplicación de una excusa admitida por el sistema legal vigente, la cual no se da en el caso tratado.

Que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han establecido que en materia de relaciones de consumo corresponde aplicar la regla de la carga probatoria dinámica, esto es, el principio por el cual recae sobre el proveedor la obligación de aportar al proceso todos los elementos probatorios que estén en su poder y que desvirtúen la imputación realizada, ya que es aquel quien se encuentra en mejor posición para hacerlo y se encuentra obligado por tanto a colaborar en el esclarecimiento de la cuestión debatida (conf. CNACAF, Sala II, in re: “OSDE c/ DNCI – Disp. N° 408/11” de fecha 20 de septiembre de 2012, CNCom, Sala F, “Cueli, Elizabeth Edith contra Volkswagen SA de Ahorro p/f determinados sobre Sumarísimo”, de fecha 8 de marzo de 2018; Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, "Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor", La Ley Online, 14/06/10, entre otros), circunstancia que no ha ocurrido en estos actuados.

Que, en virtud de las consideraciones expuestas y con relación a los hechos que motivaron el inicio del sumario, cabe concluir que la sumariada no ha presentado defensa alguna con aptitud suficiente para desacreditar los mismos. Es por ello que se debe tener por configurada la infracción por parte de FACEBOOK ARGENTINA SRL a las normas imputadas.

Que, en definitiva, la ley que rige el caso y la reglamentación emanada de su autoridad de aplicación definen como abusivas todas aquellas cláusulas vulneratorias del principio de la buena fe del consumidor cuya protección está garantizada, en última instancia, por el artículo 42 de la Constitución Nacional. Y, toda vez que el marco normativo tiende a tutelar los derechos de los usuarios y consumidores, recomponiendo el equilibrio que debe existir en todos sus vínculos con los comerciantes, afectados por las situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana, es dable admitir que el poder de policía se ejerza con el máximo rigor para crear en el mercado una conciencia mayor, pro consumidor, a tenor de sanciones y publicaciones que expongan a las empresas incumplidoras y las hagan pasibles de las multas y los daños correspondientes (conf. CNACAF, Sala IV, “Gimnasios Argentinos S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, de fecha 8 de marzo de 2016).

Que, considerando lo expuesto en los párrafos precedentes, y el actuar conforme lo previsto por el Artículo 45 de la Ley N° 24.240, se encuentra plenamente acreditada la infracción al Artículo 4° de la Ley de Defensa del Consumidor, habiéndose comprobado asimismo que las cláusulas reprochadas resultan abusivas a la luz del Artículo 37° incisos a) y b) de la Ley N°24.240, y a los incisos a), b), c), e) y g) del Anexo a la Resolución SCDyDC N° 53/2003, haciéndose la sumariada pasible de la sanción prevista por su Artículo 47, la cual se gradúa según las circunstancias del caso y los elementos indicados en el Artículo 49 de la citada.

Que, en cumplimiento de la normativa vigente, a los fines de la imposición de la multa se debe ponderar con especial énfasis la privilegiada posición dominante de la sumariada en el mercado, su superioridad técnica y su capacidad económica. Efectivamente, debe tenerse especialmente en cuenta que la imputada es una de las principales empresas a nivel global proveedora de redes y contenido social elegida por usuarios de todo el mundo,

lo que a su vez genera en los consumidores un sentimiento de confianza plena y transparencia.

Que, lo anterior implica necesariamente que la empresa se encuentre situada en una posición cuasi monopólica, advirtiéndose la existencia de un amplio universo de potenciales consumidores afectados, que pueden ver posteriormente frustrada la confianza y vulnerada la tranquilidad con la que contaban.

Que, en cuanto a la gravedad de los potenciales perjuicios sociales que podrían haberse derivado de la conducta verificada, debe recordarse que se encuentran en juego la autodeterminación informativa, la intimidad, la dignidad, el honor, la libertad de elección, la vida privada, la seguridad y otros derechos humanos fundamentales de los usuarios.

Que también se tendrá en consideración el beneficio económico derivado de las acciones que se reprochan.

Que, por lo demás, tiene dicho la jurisprudencia en un caso similar al presente que “(...) *cabe señalar que en esta materia -Derecho Administrativo Sancionador- predominan las infracciones formales, “constituidas por la simple omisión o comisión antijurídica que no precisa ir acompañada de un resultado lesivo” (NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 349). Ello es así, en tanto esta rama del Derecho “es un Derecho preventivo en cuanto persigue las infracciones, dado que de éstas es de donde se deducen (o pueden deducirse) ordinariamente los resultados lesivos” (ibid., pág. 350). A partir de lo expuesto, y teniendo en cuenta que la infracción como la analizada en el caso de marras reviste carácter formal, su sola verificación hace nacer la responsabilidad del infractor (esta Sala in rebus: “ASATEJ S.R.L. c. DNCI- Disp. 799/10, sentencia del 31/10/2011 y “Banco Macro S.A c. DNCI- Disp. 125/13, sentencia del 03/04/2013) (...).” (CNACAF, Sala V, “Dia Argentina S.A. c. DNCI s/ recurso directo de organismo externo”, sentencia del 17/12/2014).*

Que, en cuanto a dicha sanción, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha decidido que no puede considerarse arbitraria si resulta comprendida dentro de los montos fijados por la Ley N° 24.240, ni tampoco irrazonable si se tienen en cuenta las características del servicio, la posición en el mercado del infractor y su conducta reincidente (conf. CNACAF, Sala III, "Sevel Argentina c/ S.C.I. DNCI N° 400/99"; íd., Sala V, "Amil Asistencia Médica Internacional S.A. c/ DNCI Disp. N° 570/01").

Que, finalmente, es necesario advertir que la sumariada se encuentra obligada, respecto de las infracciones referidas a la Ley N° 24.240, a publicar la resolución condenatoria a su costa en un diario de gran circulación en la Ciudad, en la forma prevista por su Artículo 47, sanción accesoria, que se sustenta en la necesidad de informar a los consumidores de las contravenciones a sus derechos y la importancia de divulgar los medios con que cuentan para defenderse, meritando también el carácter ejemplar y disuasivo de la sanción, como surge de la propia normativa al disponer que en todos los casos deberá publicarse la sentencia condenatoria (en tal sentido, CSJN, “BANSUD S.A. c/ SC e I DNCI 1248/28” del 30/05/01, Fallos: 324:1740, del Dictamen de la Procuración General de la Nación). En adición a ello, corresponde destacar que de no ser acreditada dentro del plazo que se otorga, la autoridad competente se encuentra facultada, por la Ley 24.240, art. 47, a hacerlo a su costa.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente se dicta en uso de las facultades conferidas por la Ley N° 24.240, la Resolución N° 286 de fecha 11 de mayo de 2018 de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y la Decisión Administrativa N° 1080 de fecha 19 de junio de 2020 del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO.

Por ello,

EL DIRECTOR NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Y ARBITRAJE DEL CONSUMO

DISPONE:

ARTICULO 1°.- Declarar abusivas las cláusulas identificadas como I.1, I.2, I.3, I.4, I.5, I.6, I.7, I.8, I.9, I.10, I.11, I.12, II.1, II.2, II.3, II.4 y II.5 en el auto de imputación por infracción al 37° incisos a) y b) de la Ley N°24.240, y a los incisos a), b), c), e) y g) del Anexo a la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53/2003, por los motivos expuestos en los considerandos precedentes.

ARTICULO 2°.- Emplazar a FACEBOOK ARGENTINA S.R.L. para que en el plazo de CINCO (5) días hábiles acredite la supresión de las estipulaciones declaradas abusivas en el Artículo 1° de esta Disposición, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas por el artículo 47 de la Ley N° 24240, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 38 del Decreto N° 1798/94, reglamentario de aquella.

ARTÍCULO 3°.- Impónese sanción de multa por la suma de PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000) a la firma FACEBOOK ARGENTINA SRL, CUIT N° 30-71213255-4, con domicilio electrónico TAD en CUIT N° 30-71213255-4, por infracción a los Artículos 4°, 37° incisos a) y b) de la Ley N°24.240, y a los incisos a), b), c), e) y g) del Anexo a la Resolución SCDyDC N° 53/2003, reglamentaria de dicha Ley, toda vez que la sumariada insertó cláusulas en sus instrumentos “Términos de uso” y “Política de privacidad” que, por un lado, no cumplen con el deber de brindar información cierta, clara y detallada, y por el otro, resultan abusivas toda vez que desnaturalizan las obligaciones de la firma al limitar su responsabilidad por daños, restringen los derechos del consumidor, ampliando en consecuencia los de la sumariada, confieren a la firma la interpretación exclusiva del contrato y le otorgan la facultad de modificar unilateralmente los términos del mismo, autorizan a la empresa a rescindir el contrato sin causa y sin que medie incumplimiento del consumidor.

ARTÍCULO 4°.- La firma infractora deberá abonar la multa impuesta por la presente medida en el plazo de DIEZ (10) días hábiles a través del sistema “E-Recauda” - Sistema de Recaudación de la Administración Pública Nacional (<https://erecauda.meccon.gov.ar>), indicando: ENTIDAD RECEPTORA: “Ministerio de Desarrollo Productivo” (362); CONCEPTO DE PAGO: "Secretaria de Comercio Interior - Multas", “Multas Ley 24.240 – Ley de Defensa del Consumidor”, y completando a continuación los campos requeridos, en particular se aclara: DATOS GENERALES: DOCUMENTO DE INSTRUCCIÓN: consignar Tipo “Expediente”, “Número” según código GDE indicado en el VISTO de la presente y “Año”; NORMA DE RESPALDO: Tipo “RESOLUCIÓN”, “Número” y “Año” según surge de la presente; DATOS ESPECÍFICOS: consignar “Número de Expediente” según código GDE y “Año”. Efectuado el pago, el mismo deberá acreditarse en el expediente a través de la Plataforma “Trámites a Distancia” (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), ingresando en la página web “<https://tramitesadistancia.gob.ar>” con su CUIL y clave fiscal y, en la opción “iniciar trámite”, seleccionar el trámite "Descargos y Recursos Directos Leyes 24.240/20680 y Decreto 274/2019".

ARTÍCULO 5°.- La firma infractora deberá publicar la parte dispositiva de la presente a su costa, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 47 de la Ley N° 24.240, debiendo acreditar dicha publicación en el expediente en el plazo de CINCO (5) días hábiles bajo apercibimiento de que la Autoridad de Aplicación la efectúe a su costa.

ARTÍCULO 6°.- Hágase saber a la sancionada que la presente disposición condenatoria podrá ser impugnada solamente por vía de Recurso Directo ante la Cámara correspondiente. El recurso deberá interponerse y fundarse

ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los DIEZ (10) días hábiles de notificada la resolución. En todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de la multa impuesta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente, conforme lo establecido en el Artículo 45 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor. La presentación del recurso directo deberá tramitarse a través de la Plataforma TAD del sistema GDE, ingresando en la página web “<https://tramitesadistancia.gob.ar>” con su CUIL y clave fiscal y, en la opción “iniciar trámite”, seleccionar el trámite "Descargos y Recursos Directos Leyes 24.240/20680 y Decreto 274/2019".

ARTÍCULO 7°.- Notifíquese a la firma sancionada.

ARTÍCULO 8°.- Regístrese, comuníquese y archívese.