

Título: El derecho del consumidor y los entornos digitales

Autor: Hernández, Carlos A.

Publicado en: SJA 14/07/2021, 4 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/1656/2021

Sumario: I. La llamada "era digital" y su impacto sobre la Ciencia Jurídica.— II. El derecho del consumidor y las fuentes de producción de las respuestas jurídicas en el ámbito electrónico o digital.— III. El acceso a Internet como derecho humano.— IV. Protección de datos, elaboración de perfiles y derecho del consumidor.— V. Comercio electrónico, plataformas y protección del consumidor.— VI. Reflexión conclusiva.

(*)

I. La llamada "era digital" y su impacto sobre la Ciencia Jurídica

En una obra clásica dedicada a esta materia, que ya tiene varias décadas (1), se recuerda que las relaciones entre la cibernética y el derecho se remontan a la obra del matemático Norbert Wiener, titulada *Cybernetics*, publicada en el año 1948. Desde aquel entonces, han transcurrido más de setenta años, y los cambios tecnológicos lejos de ralentizarse se aceleran en progresión geométrica.

La Unesco ha descrito con gran precisión el estado actual de cosas. Recuerda que "[l]os nuevos desarrollos en tecnología, dispositivos de acceso y servicios crean constantemente nuevas oportunidades para los individuos, los gobiernos y las empresas. Entre los avances más importantes se encuentra la creación de la World Wide Web o red informática mundial, la emergencia de Internet móvil, el desarrollo de los teléfonos celulares inteligentes (smartphones), y el crecimiento de las redes sociales. Gracias a la continua expansión del ancho de banda, ha aumentado considerablemente el volumen de tráfico en Internet, lo cual ha facilitado el desarrollo de la computación en nube y la proliferación de servicios como los de emisión de videos (streaming). Otras innovaciones y desarrollos digitales facilitados por Internet, como la internet de las cosas, la inteligencia artificial y la toma de decisiones basada en algoritmos, continuarán transformando la naturaleza de Internet y su impacto sobre las economías y las sociedades" (2).

Por ello, no se duda que estamos inmersos en la denominada "era digital", que se expresa a través del espacio virtual que aporta Internet —caracterizado por la velocidad de las comunicaciones—, que ha transformado nuestro entorno social a partir de las cambiantes formas de interacción que presentan las "tecnologías de la información y la comunicación" (TIC).

Se acierta cuando se dice que "Internet es mucho más que un conjunto de infraestructura, dispositivos y aplicaciones. Internet es también una red de interacciones y relaciones sociales y económicas que va mucho más allá de la tecnología, ya que posee potencial para defender los derechos humanos, empoderar individuos y comunidades, y para facilitar el desarrollo sostenible. Pero Internet también plantea un desafío para las normas sociales y económicas establecidas, con impactos tanto positivos, como negativos sobre los datos económicos, sociales y los relativos al desarrollo" (3).

Con esa advertencia, cabe tener presente que la tecnología no puede ser vista como el bien o el mal absoluto. Ha de comprendérsela con una visión holística y axiológica (4).

Su impacto sobre la Ciencia Jurídica es notable y transversal (5), alcanzando a diversos temas, como los relativos a la protección de datos —en clave preventiva y resarcitoria—; los delitos informáticos; la repercusión de la tecnología en los procesos judiciales; las cuestiones comerciales y contractuales, entre muchas otras (6). A partir de esos grandes ejes, se desgranar otros más concretos como los concernientes al resguardo de la privacidad; los límites a la libertad de expresión; los medios de prueba en un proceso judicial; el rol de la competencia; la seguridad de las transacciones; las nuevas áreas de negocios, en gran medida generadas por las plataformas digitales en sus diferentes especies; etc. (7). Conviven así, problemas clásicos que requieren de una necesaria relectura, junto a nuevas realidades que obligan a pensar al derecho en términos de innovación (8); aquí se ubica a la expansión de la tecnología Blockchain —con todas sus implicancias— (9), y la inteligencia artificial (10).

Como una inevitable consecuencia de lo expuesto, la "era digital" interpela al derecho del consumidor desde variados planos, los cuales se presentarán en este trabajo de modo general.

II. El derecho del consumidor y las fuentes de producción de las respuestas jurídicas en el ámbito electrónico o digital

A modo introductorio, se destaca que el derecho del consumidor desborda las fronteras patrimoniales, ocupándose de la persona humana que consume, en miras del resguardo de su dignidad (11). El reconocimiento internacional de los derechos de los consumidores da cuenta de una cuidada trama de intereses sustanciales —de

raigambre económica o extrapatrimonial—, o instrumentales, cualquier sea el ámbito concreto de actuación (12).

En las relaciones de consumo electrónicas o digitales se muestra con marcada intensidad la convergencia o yuxtaposición de intereses de diferente naturaleza, mercedores de tutela. Al respecto se recuerda que existen normas universales y regionales, que expresan modelos de soft law, o principios y reglas comunitarias, que van describiendo, al menos en algunos tópicos, la agenda actual en esta materia. Entre los primeros, sobresalen las "Directrices para la Protección del Consumidor" de Naciones Unidas (13), y entre los segundos, la res. 37/2019 del Grupo Mercado Común del Mercosur, sobre "Protección al consumidor en el comercio electrónico", vigente en Argentina por la res. 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior. A nivel local, no puede omitirse a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor —con sus sucesivas reformas—, como tampoco al valioso aporte del Código Civil y Comercial, especialmente al incorporar una regulación específica y detallada sobre la tutela de los derechos personalísimos (arts. 51 y ss.), la relación de consumo (arts. 1092 y ss.), el contrato de consumo (arts. 1093 y ss.), y los contratos a distancia (arts. 1105 y ss.).

Sin embargo, este es un sector en donde las respuestas legales son particularmente insuficientes, o padecen de un alto riesgo de obsolescencia, lo que exige jerarquizar el rol de los principios a fin de adoptar soluciones circunstanciadas —sea el conflicto individual o colectivo—, lo que permite ponderar con mayor adecuación la trama de intereses y valores implicados. Probablemente, ello explique que, en nuestro país, la jurisprudencia y las decisiones administrativas sobre los entornos digitales, tienen un rol protagónico, y que los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor —de los bloques mayoritarios de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación— combinen principios con reglas (14), en miras de alcanzar respuestas jurídicas con los más altos niveles de justicia que fuere posible (15).

III. El acceso a Internet como derecho humano

En la reunión 38ª de la Unesco, realizada en París el 10 de agosto de 2015, se aprobó un documento final en el cual se introdujo el concepto de universalidad de Internet, articulado a partir de cuatro principios, a los cuales se los conoce con las siglas D-A-A-M-, y que suponen lo siguiente: D, que esté basada en los "Derechos Humanos"; A, que sea "Abierta"; A, que sea "Accesible"; y M, que cuente con la participación de "Múltiples" partes interesadas (16).

Este había empezado a construirse a partir del año 2013, y por esa razón, Argentina dictó la ley 27.078 sobre "Tecnologías de la Información y las Comunicaciones" —promulgada el 18 de diciembre de 2014—, la cual fue calificada por el propio legislador como norma de orden público. El segundo párrafo de su art. 1º dice: "Su objeto es posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad", en tanto que en su art. 2º se establece: "Las disposiciones de la presente ley tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo".

Por diversas razones, la cuestión presenta particular interés desde la perspectiva del derecho del consumidor. Existe consenso en Latinoamérica, en cuanto al proceso de constitucionalización y humanización de la disciplina (17), que importa un cambio de paradigma en cuanto a sus bases de sustentación, que lleva a argumentar las protecciones en clave de derechos fundamentales, y a ponderar los conflictos con principios propios de los derechos humanos.

Justamente en este ámbito se sitúa el problema que aquí se considera, que importa asegurar el acceso al consumo de bienes esenciales o primarios a todos los habitantes de nuestro país en miras de afianzar su calidad de vida (18). Constituye un eje estratégico del derecho del consumidor, sin el cual no puede predicarse su efectividad (19). Junto al acceso a los bienes básicos tradicionales —alimentos, salud, educación, etc.—, lo propio cabe predicar de Internet. Ello es fácilmente explicable frente a los contornos actuales de la sociedad contemporánea, signada por la información y el conocimiento. Con relación a los sujetos hipervulnerables, debe acentuarse el acceso en condiciones de calidad, lo que importa alertar acerca de los riesgos del uso de las nuevas tecnologías (20).

Es relevante insistir que el concepto de universalidad de Internet presupone los principios de apertura y accesibilidad, los cuales tienen en Argentina un desarrollo infraconstitucional, garantizado por la ley 27.078 (21), que enfatiza sobre la función social que tienen las nuevas tecnologías, y por lógica derivación, respecto a las

relaciones que se construyen en torno a ella. No debe olvidarse que el acceso a Internet actúa en la realidad social como condición para el ejercicio de pluralidad de derechos, como lo ha puesto de manifiesto la pandemia del COVID-19.

Sobre presupuestos similares, en el derecho comparado se ha dicho que puede predicarse "...un derecho de acceso (a ser posible, de alta velocidad) 'libre de brechas digitales', es decir, sin discriminación alguna por razón de edad, sexo, discapacidad, lugar de residencia o cualquier otra condición. En una palabra, un acceso justo" (22).

De tal modo, el acceso a Internet se afirma como un eje liminar de la sociedad digital, que dialoga y se proyecta con el derecho del consumidor, en diferentes temas. Un ejemplo reciente y trascendente lo aporta la sentencia del Tribunal de Justicia Europea —Gran Sala—, dictada el 15 de septiembre de 2020, en los procedimientos habidos entre "Telenor Magyarország Zrt. y Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke", en donde se debatían medidas de bloqueo o de ralentización que limitaban el ejercicio de los derechos de los usuarios (23).

IV. Protección de datos, elaboración de perfiles y derecho del consumidor

Los entornos digitales tienen la ambivalencia de permitir el despliegue de los derechos personalísimos al tiempo que, con frecuencia, los amenazan de diferente modo. Excede el propósito de este estudio abordar de modo exhaustivo tan difícil y variada cuestión, sobre la cual se ha escrito mucho y bien en Argentina (24) y en el derecho comparado (25), y que presenta horizontes preventivos (26) y resarcitorios (27). Pero, como ya se dijo, las implicancias extrapatrimoniales de los contratos de consumo obligan a tratar aquellos temas en donde la conexión con los derechos personalísimos reviste particular intensidad (28).

Para ello, ha de partirse de la premisa que los proveedores digitales, no solo reflejan datos —de diferente naturaleza— en las operaciones económicas y jurídicas que conciertan con los consumidores, sino que también se valen de ellos para generar necesidades de consumo, y expandir sus negocios. Hay un registro indubitable: la era digital requiere de modo imprescindible del uso de datos (29), que habrá de potenciarse aún más con la expansión de la Inteligencia Artificial (30).

Sin desconocer otras manifestaciones, se juzga que cuatro cuestiones impactan sobre la agenda relativa a los consumidores.

De modo indirecto, el manejo masivo de datos que realizan los grandes operadores —en especial las plataformas que alojan contenidos— pueden provocar un efecto distorsivo del mercado al generar ventajas comparativas que pueden proyectarse negativamente sobre los consumidores, en precios y condiciones de acceso. La reciente resolución del Parlamento Europeo del 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Servicios Digitales (adaptación de las normas de derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea) advierte "...que algunas empresas que ofrecen servicios digitales disfrutan, debido a unos potentes efectos de red basados en datos, de un poder de mercado significativo que les permite imponer sus prácticas comerciales a los usuarios y dificulta cada vez más que otros agentes, en especial las empresas emergentes y las pymes, puedan competir e incluso, en el caso de nuevos negocios, acceder al mercado" (31).

Preocupan, además, algunas estrategias utilizadas para la recolección masiva de datos. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en sus recomendaciones acerca de la "Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico" (2016) (32), expresa que los gobiernos y las partes interesadas deben considerar cómo proporcionar reparación a los consumidores frente a las llamadas "transacciones no monetarias" (recomendación 46, parte final), debiendo entenderse por tales, a aquellas que no suponen una contraprestación económica. Es ostensible que no hay allí una auténtica gratitud, y que se recurre a esta práctica para utilizar al contrato como instrumento de captación de datos que, a la vez, se constituyen en información valiosa para el proveedor. No hay un "coste monetario" para el consumidor, pero la finalidad económica global del negocio se reconoce a partir de su conexión con la autorización que la plataforma obtiene para hacerse de datos de gran valor para su desempeño en el mercado. Por tal motivo se ha sostenido: "La plataforma, para maximizar beneficios, puede optar así por ofrecer el servicio de forma gratuita para obtener mayores ingresos en la otra parte del mercado con base a la mayor información recopilada como consecuencia de la gratuidad del servicio. En este sentido, por ejemplo, Google ofrece servicios gratuitos —o al menos sin coste monetario— a sus usuarios (buscador de Internet, servicio de traducción, etc.), a cambio de conseguir un gran volumen y variedad de datos por los que pagarán los anunciantes para publicitarse de manera más efectiva y personalizada" (33).

De modo solapado y opaco se busca contar con datos que posibilitan la construcción de perfiles, con diferentes objetivos, entre los que está el contribuir a direccionar el consumo a través de la publicidad. Aquí se

reconocen diferentes iniciativas comparadas —verbigracia la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016— (34), que buscan acortar los márgenes de actuación de los proveedores, mediante mecanismos efectivos encaminados a exigir la inequívoca voluntad de los consumidores (35), lograda a partir de un consentimiento informado y no condicionado (36).

En última instancia, y de modo convergente o complementario con lo dicho, inquieta el uso indebido de los datos de los consumidores. En nuestro país la cuestión se afronta con una normativa especial, la ley 25.326 sobre "Protección de los datos personales", sobre la cual, nuestra más destacada doctrina ha reclamado su reforma en miras de acentuar la protección de las personas humanas (37).

Cuando la cuestión se enmarca en una relación de consumo, la insuficiencia del régimen de datos se modera por vía de la integración con el sistema de protección del consumidor, que posibilita esgrimir instrumentos tales como la información —inclusive en cuanto al acceso—, control de prácticas y cláusulas abusivas, seguridad, etc., todo acentuado en el campo de las hipervulnerabilidades. La metodología del diálogo de las fuentes aporta aquí muy interesantes construcciones (38), como puede apreciarse en algunas publicaciones de los últimos años, que reconocen una tradición precedente de gran valor (39).

V. Comercio electrónico, plataformas y protección del consumidor

V.1. Comercio electrónico: estado de la cuestión a nivel global, regional y nacional, con especial referencia a los contratos de consumo

El tema del comercio electrónico —o e-commerce— conforme a la abreviación anglosajona, presenta diferentes acepciones o manifestaciones. Así se habla del comercio nacional o transfronterizo; entre empresas o consumidores; en entornos abiertos o cerrados.

Se trata de un fenómeno que reconoce escala global, con volúmenes de operaciones que se expresan en billones, que se encuentra en crecimiento, y aún focalizado —en mayor medida— en la contratación entre empresas (40), aunque la pandemia COVID-19 ha contribuido a generalizarla.

Ello explica los esfuerzos internacionales o comunitarios tendientes a construir reglas uniformes o armonizadas. Entre las primeras cabe recordar a la "Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico" (41), y más recientemente, a la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales" (42). Esta normativa va logrando una fuerte consistencia, que se expresa en el reconocimiento de las siguientes reglas universales: "...equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del C-E; inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos; exigencia de muy buena fe; reiteración de la libertad de pacto y de su ejercicio en el nuevo contexto del C-E" (43). De este modo, la "teoría del contrato" no solo recepta al fenómeno de desmaterialización, por el cual los soportes electrónicos y digitales son sustitutivos de la voz y el papel, sino también admite la paulatina pérdida del ámbito físico para el desarrollo de las operaciones contractuales.

En espejo, se acrecientan los esfuerzos —también globales— por incrementar los niveles de protección de los consumidores que contratan por medios electrónicos (44). Sobre el particular, y como se adelantó, devienen determinantes los aportes de las "Directrices para la Protección del Consumidor" de Naciones Unidas, en particular en la versión aprobada en el año 2015 (45). Entre sus "Principios" se afirma que la tutela de los consumidores en el comercio electrónico nunca puede ser inferior a la otorgada en otras formas de comercio (III.5.j), al tiempo que se enfatiza en la protección de la privacidad del consumidor (III.5.k). Luego, en sus reglas, se alude a los derechos del consumidor en la contratación electrónica, en especial, a ser informado sobre la identificación del proveedor (V.A.14.b in fine); a contar con programas de educación sobre la materia (V.G.4.g), y al resguardo de la confianza (V.I.14.63). También sugiere el diseño de políticas públicas que logren informar y concientizar al consumidor en sus derechos y obligaciones en el mercado digital (V.I.14.64), junto a la revisión de las normas nacionales en miras de su adecuación a los cambios económicos y sociales (V.I.14.65) (46).

Por su parte, el Consejo de la OCDE, que en el año 1999 había adoptado el primer instrumento internacional para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico, las modificó el 24 de marzo de 2016 luego de una exhaustiva revisión, abordando "...las tendencias y desafíos nuevos y emergentes que enfrentan los consumidores en el dinámico mercado de comercio electrónico actual" (47). La modernización incluye a las ya aludidas transacciones no monetarias; las que involucran contenidos digitales; los modelos comerciales que apuntan a incentivar el rol activo de los consumidores; el incremento de los dispositivos móviles que dificulta la materialización efectiva de la información; y la tutela de la seguridad, no solo en lo concerniente a los datos, sino también a pagos y al producto o servicio comercializado. Es de destacar que, entre sus principios se alude a la transparencia (regla 1 y 2), a la equidad y la buena fe en las prácticas empresariales (regla 3), la adopción de

soluciones diferenciadas para los consumidores con vulnerabilidad agravada en materia de información y publicidad (regla 18), como también diferentes estándares en orden a la información que se da en línea, en miras de obtener un consentimiento plenamente esclarecido del consumidor (regla 25 y ss.), entre otras.

La Argentina y la región no están ajenas a estas nuevas exigencias. En tal sentido, cabe recordar aquí la ya citada res. 37/2019 emanada del Grupo Mercado Común del Mercosur sobre "Protección al consumidor en el comercio electrónico", que entró a regir en nuestro país hace unos meses, conforme lo dispusiera la res. 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (48).

Para comprender los avances que la normativa comunitaria produce entre nosotros, cabe comenzar señalando que el régimen nacional sobre la materia fue construyéndose a partir de sucesivas etapas, acompañadas por aportes dogmáticos de importancia, en donde algunas obras doctrinarias fueron señeras para elaborar las respuestas a partir de las reglas y principios disponibles (49), como antesala de las nuevas soluciones y metodologías que hoy imperan.

Si bien de la regulación inicial de la ley 24.240 sobre las "ventas domiciliarias, por correspondencia y otras" (cap. VII, arts. 32, 33 y 34), podían derivarse importantes consecuencias (50), no menos relevantes resultan los valiosos aportes del Código Civil y Comercial, que exigen interpretar a aquellas reglas desde la perspectiva del diálogo de las fuentes. Así, la recepción de los "contratos celebrados a distancia" (art. 1105), resulta una especie apropiada para captar la vasta y compleja problemática que genera el uso de las nuevas tecnologías en la formación y ejecución del contrato, más aún cuando se ha mejorado el signo dominante de estas operaciones jurídicas, que es la llamada "revocación" —a la que aluden y regulan los arts. 1110 a 1116 inclusive—, y a la que se tipifica como un derecho subjetivo discrecional del consumidor (51).

Cabe ponderar además, que a través de reformas parciales a la Ley de Defensa del Consumidor, se ha avanzado en este ámbito con precisiones de particular importancia, tales como: el soporte a través del cual debe efectivizarse la información (art. 4º, segundo párrafo); las exigencias concretas para la identificación del oferente (art. 8º, segundo párrafo); algunas pautas para satisfacer los estándares de incorporación de las cláusulas generales en los contratos por adhesión (art. 38); el registro de reclamos en los servicios públicos domiciliarios (art. 27); y el derecho del consumidor a la rescisión de los contratos de duración (art. 10 ter y quater).

Por su parte, existentes valiosas Resoluciones de la autoridad de aplicación nacional (52), que han profundizado la tutela del consumidor electrónico o digital. En tal sentido caben ser resaltadas las que se indican a continuación: a) nro. 316/2018, que crea el botón de baja a los fines del ejercicio de la facultad rescisoria prevista en el citado art. 10 ter de la Ley de Defensa del Consumidor, y que impone otras obligaciones de registración y trato digno; b) nro. 271/2020, que reglamenta el art. 38 de la ley 24.240 en lo que concierne a publicar los modelos contractuales "...en la página de inicio de los sitios de Internet institucionales, discriminados según las variantes del producto y/o servicio en cuestión" (art. 2º). Además, modifica la res. 316/2018 en miras de facilitar la facultad extintiva mencionada; esta última cuestión ha sido complementada por la reciente Disposición 357/2021, del 26 de mayo pasado, dictada por el director nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo; c) res. 424/2020, que instituye "...que los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web deberán tener publicado el link denominado 'Botón de Arrepentimiento', mediante el cual el consumidor podrá solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado, en los términos de los arts. 34 de la ley 24.240 y 1110 del Cód. Civ. y Com. de la Nación"; d) nro. 274/2021, que no solo crea la "Ventanilla Única Federal" en miras de favorecer la interposición y el tratamiento de los reclamos de consumo, sino también exige a los proveedores que posean páginas o aplicaciones web, incorporar un enlace que permita el ingreso a la página correspondiente al formulario de denuncia de la Ventanilla Única Federal.

Sin dudas, el diálogo armónico y ajustado al principio de protección del consumidor de todas las normas antes referidas —ley especial, Código Civil y Comercial, y disposiciones reglamentarias—, demuestran que nuestro régimen vigente satisface —al menos en gran medida— los estándares universales y comunitarios. Por ello, se valora la res. 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, que al recibir en el derecho interno a la res. 37/2019 del Grupo Mercado Común sobre "Protección al consumidor en el comercio electrónico", ha consolidado los estándares ya alcanzados (53). Son avances muy auspiciosos, que obligan a pensar en términos de la nueva agenda que, para el derecho del consumidor, presentan los entornos digitales.

V.2. Los nuevos desafíos

En los puntos anteriores se ha podido percibir la magnitud de los cambios, los cuáles al ser cotidianos y dinámicos, requieren ser observados con atención, en clave de presente y de prospectiva, y como ya se manifestó, con normas flexibles, ancladas en principios generales —que expresan valores— y reglas abiertas

—estructuradas para captar el presente y el porvenir—, al estilo de las que transitan los proyectos de Código de Defensa del Consumidor (54).

A continuación, se enunciarán los nuevos problemas que se presentan en las relaciones contractuales de consumo electrónicas y digitales (55), sobre los cuales se marcarán algunas tendencias. También se referirá a los instrumentos de que se dispone para administrarlos.

V.2.a. La tutela de la confianza de los consumidores en los entornos digitales

V.2.a.i. La comercialización a través de plataformas digitales

Un número creciente de negocios de consumo se desenvuelve en el contexto de la apertura que suministra Internet, en gran medida a través de la utilización de plataformas. Suele decirse que las plataformas digitales son espacios en Internet que permiten la ejecución de diversas aplicaciones o programas, con diferentes propósitos, que pueden ser educativos, sociales, o vinculadas al comercio electrónico.

En lo que concierne al derecho de los contratos, cabe destacar que el fenómeno suele vinculárselo con la llamada economía colaborativa, desarrollada conceptualmente por Rachel Botsman y Roo Rogers, que ha tenido una gran repercusión en la Ciencia Jurídica (56).

Para determinar con precisión la relación entre la utilización de las plataformas y el derecho del consumidor, es necesario distinguir cuatro situaciones que pueden darse a través de ellas: a) contratos entre empresas en el ámbito estricto de su profesionalidad; b) ofertas y demandas entre particulares; c) vínculos que se traban entre proveedores con consumidores; d) negocios entre proveedores y consumidores, en donde las plataformas intermedian (57).

Los supuestos individualizados como a) y c), no generan ninguna duda, ya que, a la última cabe juzgarla como una típica relación de consumo, a diferencia de la primera, que queda fuera de su alcance.

Las restantes situaciones requieren de mayores precisiones. Así, en el caso sindicado con la letra b), los vínculos se constituyen entre personas que actúan fuera del marco profesional, aunque una de ellas vuelca al mercado lo que le excede o no consume. A esta figura se la suele denominar "prosumidor" (58), como modo de afirmar la dualidad de roles: proveer y consumir.

Esta cuestión ha repercutido en Argentina a través de marcos normativos especiales, que, aunque no vinculados al tema en estudio, sirven para enmarcarlo. Por ejemplo, en el "Régimen de fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica pública", establecido por la ley 27.424, se acepta que "[t]odo usuario-generador tiene derecho a generar para autoconsumo energía eléctrica a partir de fuentes renovables y a inyectar sus excedentes de energía eléctrica a la red de distribución reuniendo los requisitos técnicos que establezca la reglamentación" (art. 5°), aunque solo se admite que lo haga a favor del distribuidor, por lo que queda claro que no parece lógico considerar al usuario como proveedor (59), aunque hay quienes exigen apreciar la cuestión de acuerdo con las particulares circunstancias del caso (60).

Desde una perspectiva general, y frente a la situación que plantea nuestro ordenamiento en cuanto el art. 2° y ley 24.240 —en conexión con el art. 1093 del Cód. Civ. y Com.— admite que proveedor es, incluso, quien actúa de modo ocasional, se juzga que esa norma alcanza a quien tiene experticia en el negocio, o un saber que lo coloca en una situación de superioridad (61), al menos en el marco de estas operaciones (62).

Finalmente, en los contratos celebrados entre proveedores y consumidores por intermedio de plataformas digitales, no se advierte una clara y definida tendencia en el derecho comparado (63), generando criterios disímiles en la jurisprudencia nacional (64), aunque en menor medida en la doctrina, donde existen mayores consensos (65). Los Proyectos de Código con trámite parlamentario establecen: "Los operadores electrónicos o digitales responderán de manera objetiva, con fundamento en las reglas de la confianza y de la conexidad contractual. Para las eximentes, resultarán aplicables las previstas en los arts. 1729 a 1733 del Cód. Civ. y Com.". No se trata de una responsabilidad irrefragable, sino de una atribución objetiva gobernada por sus reglas generales. El notable crecimiento del acceso a bienes y servicios por intermedio de plataformas, especialmente a partir de la pandemia del COVID-19, exigen acentuar la protección de la confianza del consumidor frente a la grave vulnerabilidad que produce el entorno digital. La lejanía de estos casos con la estructura del consumo colaborativo parece aconsejarlo, a riesgo de desvirtuar el sentido solidario que lo gobierna, más aún cuando la praxis negocial demuestra el rol activo de las plataformas, expresado en su control o influencia, en la fijación directa o indirecta de precios, en la asunción de gastos y riesgos, en los mecanismos de calificaciones, etc. (66).

V.2.a.ii. La utilización de las redes sociales como instrumentos de publicidad y generación de confianza: el rol de los influencers

Las redes sociales intervienen de diferente modo sobre las relaciones humanas, y obviamente no son

neutrales para el derecho del consumidor. En sí mismas, apuntan a lograr una comunicación global, facilitando la interacción de las personas.

Para tener una cabal magnitud del fenómeno, se recuerda que Facebook cuenta con más de dos mil millones de usuarios activos, lo que representa una relación de casi uno de cada tres habitantes del planeta, a lo que cabe añadir la cobertura de sus principales competidores, entre los que están YouTube, Instagram, etc. (67).

Su incidencia sobre el campo jurídico es variada, y en el último tiempo, se observan crecientes reclamos de tutela preventiva de la responsabilidad civil en miras del bloqueo de los contenidos publicados (68).

Dada las características generales de este estudio, se recuerda que las redes sociales inciden sobre la confianza que pueden suscitar en los consumidores, sea a través de las publicaciones que realicen los propios proveedores, o mediante las efectuadas por terceros, a instancias de ellos.

El primer supuesto no presenta mayor dificultad, porque supone subsumir el comportamiento del proveedor en las reglas relativas a información, publicidad o prácticas abusivas. Es lo acontecido en una interesante resolución dictada por la autoridad de aplicación nacional —y con muy buen criterio ratificada judicialmente—, que sancionó a una empresa que realizó una publicidad de oferta de productos a través de la web y de las redes sociales (69).

Más allá de estas situaciones, crece ahora el rol de los terceros en las estrategias de marketing, ámbito en donde cabe situar al influencer, que, posicionado de ese modo en las redes sociales, es convocado por el proveedor para generar confianza en un producto, servicio o marca. La cuestión presenta interés desde el derecho de la competencia (70) y el derecho del consumidor. Sobre este último, se ha dicho —en criterio que se comparte— que la confianza puede servir como criterio de atribución de responsabilidad de todos quienes participan de la relación de consumo, de la cual no está ajeno el influencer, según las circunstancias (71).

V.3. Blockchain, contratos inteligentes, criptomonedas y tutela del consumidor

En una reciente obra dedicada a entender la tecnología blockchain se recuerda que el modelo tradicional de Internet ha mutado de forma significativa. La estructura inicial de gran sencillez, agilidad y libertad, propia de la década del 90', ha sido interferida por los intereses comerciales que ha llevado a una fuerte centralización y concentración, lo que se mide en la conjunción de sistemas operativos, un buscador de escala universal, un fabricante de dispositivos móviles, y dos o tres redes sociales. La tecnología blockchain resulta disruptiva de ese estado de cosas, provocando el inicio de un nuevo ciclo (72).

Se la ha definido diciendo que "...funciona como un libro registral (distributed ledger), donde se anotan bloques que contienen información sobre todas las transacciones realizadas siguiendo un orden cronológico. Para que esta base de datos funcione, se requiere de una enorme red de dispositivos, llamados nodos, que se conectan directamente entre sí (red P2P, peer to peer). Estos nodos trabajan usando un protocolo común y resuelven complejos algoritmos matemáticos, actividad conocida como minado, para proceder a la anotación en bloque" (73). Es común escuchar que esta nueva tecnología se compone de seis notas caracterizantes: descentralización; transparencia; apertura; autonomía; inmutabilidad; y anonimato (74).

Derivaciones directas de estos nuevos horizontes tecnológicos, son las criptomonedas y los smart contracts —o contratos inteligentes—.

Las primeras, suponen un verdadero cambio de paradigma en cuanto se pasa de la Internet de la información al Internet del valor, que da nacimiento a la llamada "criptoeconomía", que, entre otras cuestiones, impacta de lleno sobre el concepto del dinero (75), y que provoca otras derivaciones en torno a la figura del consumidor inversor (76).

Los smart contracts —denominación atribuida al criptógrafo y jurista húngaro Nick Szabo—, o contratos inteligentes, dan cuenta de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, el que se expresa en un programa informático y cuyo contenido se ejecuta de modo autónomo y automático (77). Actualmente despliega "...sus principales funcionalidades en sectores de la banca —Fintech—, el Derecho —Legaltech— o los seguros —Insurtech—" (78).

Se puede presentar bajo dos modalidades, una denominada interna, en cuanto las previsiones contractuales aparecen incluidas en el propio código de fuentes del software; y otra externa, en donde este se separa del texto del contrato que aparece redactado en lenguaje natural (79). Las variantes responden a matices que conciernen a modelos de mayor o menor pureza desde la perspectiva digital. No ha de olvidarse que estos contratos buscan satisfacer los requerimientos del mercado para operar sobre activos digitales pagados mediante criptomonedas (80), aunque también pueden actuar con otras tecnologías y con cierta mixtura de lenguajes —digital y natural— (81).

Ambos modelos no resultan neutros. La "teoría general del contrato" (82) y la variante tipológica de los contratos de consumo son matrices sobre las cuales debe considerarse inicialmente la figura, sin negar los objetivos de innovación que persigue.

En cualquier caso, no es posible ignorar que "...la automatización y despersonalización propias de este modo de contratar, agravarán las desigualdades actuales en las que la parte débil se limita a adherirse a unas cláusulas predispuestas por el empresario" (83), especialmente en los contratos de consumo. El tránsito del contrato celebrado por medios electrónicos al contrato autoejecutable (84), no puede hacerse a expensas del consumidor, dado que como bien lo recuerdan las "Directrices para la Protección del Consumidor" de Naciones Unidas, la tutela dispensada en los entornos digitales nunca puede ser inferior a la otorgada en otras formas de comercio (III.5.j).

VI. Reflexión conclusiva

Los cambios tecnológicos requieren una adaptación de la tecnología jurídica (85), ya que, no son más que manifestaciones de la realidad económica y social sobre la que opera el derecho.

Ese camino debe ser transitado con las herramientas axiológicas que aportan los principios generales, y los propios de las disciplinas sobre las que impactan.

Con esa metodología encaramos este trabajo.

(A) Doctor en Derecho. Titular de las cátedras de Derecho de los Contratos y de Derecho del Consumidor, ambas de la Facultad de Derecho de la UNR; titular de las cátedras de Contratos Civiles y Comerciales y Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA). Presidente del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

(1) FROSINI, Vittorio, "Cibernética, Derecho, Internet y Sociedad", Biblioteca de Derecho y Nuevas Tecnologías, Ediciones Olejnik, Argentina, julio de 2019, p. 21. La cita corresponde a una reciente reedición en castellano.

(2) SOUTER, David — VAN DER SPUIY, Anri, "Indicadores de la Unesco sobre la universalidad de Internet. Marco para la evaluación del desarrollo de Internet", Unesco, París, 2019, p. 17.

(3) Ob. cit., p. 18.

(4) El epistemólogo Dominique Raynaud afirma con acierto que "Valorar o renegar de la tecnología en su conjunto conduce al mismo resultado: la incapacidad radical de diferenciar entre la benevolencia y la malevolencia, entre lo que es beneficioso y lo que es perjudicial para los seres humanos"; en ¿Qué es la tecnología?, Ed. Laetoli, Pamplona, 2018, p. 57.

(5) Para un estudio integral y de gran valía sobre la materia, puede verse a TOBIÁS, José W. (dir.), "Las nuevas Tecnologías y el Derecho", Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2020.

(6) BUENO DE MATA, Federico (dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, Ed. Comares, Granada, 2019.

(7) Sobre estos temas pueden consultarse con provecho el Suplemento Especial "#Legaltech. El Derecho ante la tecnología", Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2018.

(8) Al respecto CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "Estatuto del consumidor comentado", Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2019, ps. 37 y ss. Ver también dos valiosos estudios, los que se reseñan a continuación: ACCIARRI, Hugo A., "Smart contracts, criptomonedas y el Derecho", LA LEY 2019-B-1082, Cita Online: AR/DOC/1017/2019; y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Evolución y revolución del derecho privado (Conocer es comparar)", en TOBIÁS, José W. (dir.), Las nuevas Tecnologías y el Derecho, ob. cit., ps. 82 y ss. Asimismo, pueden consultarse los Suplementos sobre "Innovación & Derecho" publicados por Ed. Thomson Reuters - La Ley, bajo la dirección de Demetrio Alejandro CHAMATRÓPULOS.

(9) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, "Entender Blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido", Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019.

(10) La Unesco emitió recientemente el "Documento final: primera versión del proyecto de recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial", que se encuentra disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434_. También, la Unión Europea (UE) a través de la Comisión Europea, lanzó una amplia consulta a la sociedad civil, la industria y el mundo académico de sus Estados miembros, mediante el Libro Blanco "Sobre inteligencia artificial: un enfoque europeo de la excelencia y la confianza"; ver https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.

(11) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales", JA 2017-III-1341, Cita Online: AR/DOC/3979/2017. Ver también MUMARE, María, "La Agenda 2030 de las Naciones Unidas y la protección de los Derechos del

Consumo", Revista de Derecho del Consumidor, 10, abril 2021, disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=41777e73a2edf623dbaae52225cba455>.

(12) STIGLITZ, Gabriel en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 354.

(13) La última versión del año 2015 está disponible en castellano en el siguiente sitio web: https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2016/08/UNCTAD_DITC_CPLP_MISC_2016_1-1610608S.pdf.

(14) HERNÁNDEZ, Carlos A. - JAPAZE, María Belén - OSSOLA, Federico A. - SOZZO, Gonzalo - STIGLITZ, Gabriel A., "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", LA LEY, diario del 15/03/2021, p. 3.

(15) CIURO CALDANI, Miguel A., "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Consejo de investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976.

(16) SOUTER, David — VAN DER SPUIY, Anri, "Indicadores de la Unesco sobre la universalidad de Internet. Marco para la evaluación del desarrollo de Internet", ob. cit., p. 18.

(17) LIMA MARQUES, Claudia, en LIMA MARQUES, Claudia — BENJAMIN, Antonio H. — MIRAGEM, Bruno, Comentários ao Código de defesa do consumidor, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 174; SOZZO, C. Gonzalo, "Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-3-155; STIGLITZ, Gabriel en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., Tratado de Derecho del Consumidor, t. I, ob. cit., ps. 225 y ss.; SAHIAN, José Humberto, "Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2017; FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales", ob. cit., entre muchos otros.

(18) En la Convención Constituyente de 1994, el miembro informante del actual art. 42 de la Constitución Nacional, recordaba que "En forma implícita, pero con base en una armónica construcción conceptual, el texto sancionado reconoce el derecho primario del libre acceso al consumo de todos los habitantes. Todos tienen garantizados el libre ingreso al consumo de bienes y de servicios en la participación de toda la sociedad en el mercado"; IRIGOYEN, Roberto, "Los derechos del consumidor", LA LEY 1995-B-819. En sentido coincidente, STIGLITZ, Gabriel, "La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho sin políticas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 62.

(19) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., "Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo", JA 2017-III-1442 y Revista de Derecho Ambiental, 55-57, Cita Online: AR/DOC/4063/2017.

(20) Sobre el particular puede verse a TRIVISONNO, Julieta B., "Comercio electrónico en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor: información, responsabilidad, confianza y otras cuestiones", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 296-797, Cita Online: AR/DOC/1398/2019; y a MULER, Germán E., "Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales", LA LEY, diario del 28/12/2020, ps. 1 y ss., Cita Online: AR/DOC/3820/2020. Desde una perspectiva general, ARIAS, María Paula - URRUTIA, Liliana A. B. (coords.), Protección jurídica de los subconsumidores. Consumidores especialmente vulnerables. Con referencias al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Juris, 2017.

(21) Al respecto se ha dicho que "Debemos entender que, con esta ley, Argentina ha dado un paso enorme en pos de asegurar los derechos de los usuarios de acceso a las redes, a los servicios y a los protocolos, sin importar quién sea el emisor y quien el distribuidor, garantizando que dichos contenidos lleguen con calidad y sin bloqueos a todos los usuarios. Es pues, un paso fundamental en post de la democratización real de los contenidos y una forma efectiva de asegurar democracia", ZABALE, Ezequiel M., "Luces y sombras de la ley 27.078 ('Argentina digital')", ADLA 2015-6-3, Cita Online: AR/DOC/162/2015. Para la evolución normativa posterior, puede verse el trabajo del mismo autor, titulado "Comentario al decreto 1340/2016", ADLA 2017-2-88, Cita Online: AR/DOC/177/2017.

(22) GARCÍA MEXÍA, Pablo, "El derecho de acceso a Internet", en DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás — PIÑAR MAÑAS, José L. (dirs.), Sociedad Digital y Derecho, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 406.

(23) Se encuentra disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-807/18>. Allí se concluyó que "El art. 3º del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, debe interpretarse en el sentido de que unos paquetes establecidos por un proveedor de servicios de acceso a Internet a través de acuerdos celebrados con usuarios finales, con arreglo a los cuales estos usuarios pueden contratar un plan que les permite utilizar sin restricciones un volumen de datos determinado, sin que la utilización de ciertas aplicaciones y de ciertos servicios específicos incluidos en una

'tarifa cero' computen a efectos del consumo de ese volumen de datos, y, una vez agotado este volumen de datos, pueden seguir utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización de tráfico a las demás aplicaciones y servicios disponibles, son incompatibles con el apart. 2º de este artículo, interpretado juntamente con su apart. 1º, dado que estos paquetes, estos acuerdos y estas medidas de bloqueo o de ralentización limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, y son incompatibles con el apartado 3 de dicho artículo dado que dichas medidas de bloqueo o de ralentización se basan en consideraciones comerciales".

(24) TOBIÁS, José W., "Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías", en TOBIÁS, José W. (dir.), *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, Instituto de Derecho Civil, ob. cit., ps. 1 y ss. El autor afirma con precisión que "En todo estudio relacionado con las nuevas tecnologías, los avances científicos y el Derecho, se ha convertido en un lugar común empezar por advertir, a la par de las ventajas y las virtudes de los primeros, la magnitud de los riesgos de su empleo para los derechos personalísimos (no solo el de la intimidad —aunque se lo vincule generalmente con él, probablemente por ser el más comúnmente susceptible de ser afectado— sino la vida, la salud, el honor, la reputación, la identidad, la imagen. También, para quienes los consideran derechos autónomos, como el de la autodeterminación informativa o, para quienes afirman la existencia de nuevos derechos, a la intimidad genética, a la autonomía genética, al anonimato de los datos personales o, más genéricamente, a la dignidad de las personas e, incluso, a la intangibilidad de la especie humana)".

(25) DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás — PIÑAR MAÑAS, José L. (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho*, ob. cit.; y BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), *Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit. En ambas obras se encuentran estudios relativos a esta problemática, muchos de ellos relativos a diferentes ordenamientos jurídicos.

(26) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Acción preventiva y protección de la imagen", *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2018 (septiembre), p. 101; GALDÓS, Jorge M., "La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales", en TOBIÁS, José W. (dir.), *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, Instituto de Derecho Civil, ob. cit., ps. 126 y ss.

(27) VANINETTI, Hugo A., "Twitter. contenidos que generan daño. el rol de los influencers. El impacto del twibel, los retuits y el 'escrache' o linchamiento virtual", *LA LEY* 2019-F-162.

(28) No se desconoce que el tema excede a los contratos de consumo; ver DE LORENZO, Miguel F., "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", *LA LEY* 2011-E-1258; y SAUX, Edgardo I., "Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato", en TOBIÁS, José W. (dir.), *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, Instituto de Derecho Civil, ob. cit., ps. 49 y ss.

(29) PIÑAR MAÑAS, José L., "Identidad y persona en la sociedad digital", en DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás - PIÑAR MAÑAS, José L. (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho*, ob. cit., ps. 102 y ss.

(30) Se ha dicho que "La inteligencia artificial es una de las partes más importantes de la economía de los datos. Hoy en día, la mayor parte de los datos son relativos a los consumidores y se almacenan y tratan en infraestructuras ubicadas en nubes centralizadas. Frente a esto, una enorme proporción de los datos del futuro, que serán mucho más abundantes, procederá de la industria, las empresas y el sector público, y se almacenará en diversos sistemas, entre los que destacan los dispositivos informáticos que operan en el borde de la red. Este hecho ofrece nuevas oportunidades a Europa, que cuenta con una posición sólida en la industria digitalizada y las aplicaciones de comunicación empresarial, pero con una posición relativamente frágil en las plataformas de consumidores"; "Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza", del 19 de Febrero de 2020, accesible en el siguiente sitio: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.

(31) Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-10-20_ES.html#sdocta6.

(32) Ver: <https://www.oecd.org/sti/consumer/ECommerce-Recommendation-2016.pdf>.

(33) HERRERO SUÁREZ, Carmen, "Big Data y Derecho de la Competencia", en DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás — PIÑAR MAÑAS, José L. (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho*, ob. cit., ps. 661 y ss.

(34) La misma refiere a "... la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo"; puede consultarse en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf>.

(35) Con esa lectura la jurisprudencia nacional ha declarado procedente un amparo colectivo para hacer cesar una operatoria consistente en condicionar la prohibición de utilizar los datos de sus clientes para operaciones de marketing propio o de terceros, a la expresa oposición de estos; ver CNCom., sala E, 12/05/2006, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citibank NA", *LA LEY* 2006-D-226.

- (36) En el punto II del Anexo de la Resolución del Parlamento Europeo del 20 de octubre de 2020 —citada en el texto— se recomienda incluir "Medidas para reducir al mínimo los datos recopilados por las plataformas de alojamiento de contenidos, basados, en particular, en la interacción de los usuarios con contenidos alojados en plataformas de alojamiento de contenidos, con el fin de completar perfiles para publicidad personalizada, en particular mediante la imposición de condiciones estrictas para el uso de la publicidad personalizada y exigiendo el consentimiento previo, libre, específico, informado e inequívoco del usuario. El consentimiento dado a la publicidad personalizada no se considerará libre y válido si el acceso al servicio está supeditado al tratamiento de datos". Ver también a GONZÁLEZ MENDOZA, Diana P., "Panorama jurídico actual sobre la elaboración de perfiles a partir de cookies y dirección IP" en BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit., ps 70 y ss.
- (37) TOBÍAS, José W., "Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías", en TOBÍAS, José W. (dir.), Las nuevas Tecnologías y el Derecho, Instituto de Derecho Civil, ob. cit., p. 5.
- (38) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Las nuevas tecnologías y el consumo. Dilemas de las funciones de la responsabilidad civil", Revista de Derecho del Consumidor, 2, mayo 2017, disponible en: <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=166>; FALIERO, Johanna C., "Los desafíos jurídicos del Big Data. Tensiones de derechos entre la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el targeting y el perfilamiento", Sup. Esp. LegalTechII 2019 (noviembre), 11/01/2019, Cita Online: AR/DOC/3577/2019; MULERO, Germán E. "Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales", ob. cit.; y DA CRUZ NEVES, Analía L., "La gestión de los datos personales en el sector financiero. El uso de herramientas de big data, data lakes y screen scraping", JA, 05/05/2021, Cita Online: AR/DOC/825/2021.
- (39) TOBÍAS, José W., "Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías", en TOBÍAS, José W. (dir.), Las nuevas Tecnologías y el Derecho, Instituto de Derecho Civil, ob. cit., p. 5.
- (40) Así, en un reciente informe se dice que "Las tendencias actuales confirman que las transacciones de empresa a empresa (B2B) siguen representando la mayor parte de las transacciones de comercio electrónico", y que "... los sectores que se centran principalmente en los consumidores finales representaron una proporción mucho menor del total del comercio electrónico"; en "Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio", OCDE, Asociación Mexicana de Internet, 2020, ps. 36-37, disponible en: <https://www.oecd.org/sti/Panorama-del-comercio-electro%CC%81nico.pdf>.
- (41) Su texto actualizado puede verse en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf.
- (42) Es posible acceder a la misma en el siguiente sitio: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/06-57455_ebook.pdf. Sobre el tema puede verse a FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. — SCOTTI, Luciana B. "La convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica", Revista Científica de UCES, 1-2007, vol. XI, ps. 59 y ss.
- (43) ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "Derecho de la contratación electrónica", Ed. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2019, p. 41.
- (44) TAMBUSSI, Carlos E., "Juntos a la par: las normas sobre comercio electrónico en el nuevo Código y la proyectada ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la Defensa del Consumidor", JA 2015-IV-927, Cita Online AR/DOC/5077/2015; MENDIETA, Ezequiel N., "Las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor y su influencia en el proyecto de código de defensa de las y los consumidores", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 305-191, Cita: LA LEY AR/DOC/2591/2020.
- (45) Las mismas están disponibles en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf.
- (46) En un informe posterior elaborado por el "Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor", presentado ante la Comisión de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en las sesiones del 3 y 7 de Julio de 2017, se dijo que "... en el comercio electrónico los consumidores se enfrentaban a toda una serie de desafíos: prácticas fraudulentas, publicidad engañosa, insuficiencias de la información sobre bienes y servicios, incertidumbre en cuanto a la identidad y la ubicación de los comerciantes, prácticas comerciales desleales, limitaciones en el ejercicio del derecho al desistimiento, solución de controversias poco satisfactoria, retrasos en la entrega de las mercancías, fijación de precios por goteo, recargos no anunciados, riesgo de utilización indebida de los datos personales y falta de claridad en cuanto a las obligaciones de las plataformas intermediarias" (punto 35); disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd9_es.pdf.
- (47) Ver nota 32 de este trabajo.
- (48) La misma fue publicada en el Boletín Oficial el 8 de Setiembre de 2020, y entró a regir a partir de los de

los ciento ochenta [180] de esa publicación, conforme surge de su art. 3°.

(49) ALTERINI, Atilio A., "Contratos civiles — comerciales — de consumo. Teoría general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; y LORENZETTI, Ricardo L., "Comercio electrónico", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

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

(51) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Compraventa de consumo", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI, ps. 461 y ss.

(52) Sobre algunas de ellas existen valiosos estudios. Así, puede consultarse con provecho a GARZINO, M. Constanza, "El botón de arrepentimiento. La eficacia del derecho de revocación de la aceptación de la oferta en la contratación electrónica", Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, disponible en: https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=30921dc4df5933fb090a93434125b6ab#indice_3 y a TAMBUSSI, Carlos E., "Comentario a la Resolución 271/2020 de la Secretaría de Comercio de la Nación", Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=2ac6911ab6759c45010cc0ec7c5da992>.

(53) Así, resulta muy significativo el art. 5° de la resolución comunitaria indicada en el texto en cuanto dispone que "El proveedor debe otorgar al consumidor los medios técnicos para conocimiento y corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción. Asimismo, debe proporcionar un mecanismo de confirmación expresa de la decisión de efectuar la transacción, de forma que el silencio del consumidor no sea considerado como consentimiento".

(54) Ver nota 14.

(55) Se afirma que los documentos electrónicos pueden ser analógicos o digitales. Un muy buen estudio sobre este tema puede encontrarse en MÁRQUEZ, José F., "Los instrumentos digitales: su validez y eficacia", EBOOK-TR 2020 (Andruet), p. 42; Cita: LA LEY AR/DOC/1779/2020. En los últimos años, se reconoce una mayor preocupación por la tutela del consumidor frente a los productos o servicios digitales. Al respecto puede verse Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; la misma puede verse en: <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00001-00027.pdf>.

(56) Entre muchos otros puede verse a GOZÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (dir.), Régimen jurídico del consumo colaborativo, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019. Se trata de una obra colectiva, con proyección transversal, dado que se analiza el fenómeno desde las diferentes ramas del mundo jurídico.

(57) GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio, "El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases", en GOZÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (dir.), Régimen jurídico del consumo colaborativo, ob. cit., ps. 74 y ss.; y MORA ASTABURUAGA, Aitor, "Concepto y naturaleza de las 'plataformas de intermediarios en línea'", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit.

(58) Ídem, p. 74. En el mismo sentido, JARNE MUÑOZ, "Economía colaborativa y plataformas digitales", Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 96.

(59) BARRY, Luis D. "Desafíos que trae el 'prosumidor' al derecho de consumo y en particular a la generación eléctrica", LA LEY 2019-F-824, Cita Online: AR/DOC/3614/2019.

(60) Para circunstanciar la respuesta se recuerda que "Tales calidades evidentemente se reúnen en la persona del prosumidor, requiriéndose su armonización bajo el paraguas de la normativa técnica específica. Resulta central para dicha tarea, la determinación del llamado 'punto de frontera', es decir, el sitio específico a partir del cual el prosumidor deja su rol central de usuario para convertirse en proveedor de energía a la red eléctrica, lugar que normalmente se identifica con el medidor (sea este bidireccional o bien consistente en dos equipos, uno de medición de entrada y otro de salida de energía)"; WIERZBA, Sandra M., "Generación distribuida de energías renovables. Reflexiones sobre la figura del 'prosumidor', la prevención de daños y el seguro", RCyS 2019-V-3, Cita Online: AR/DOC/821/2019.

(61) CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "Estatuto del consumidor comentado", Ed. Thomson Reuters, ob. cit., ps. 193 y ss.

(62) Una situación de gran tensión se presenta con aquellos que, movilizadas por plataformas digitales, prestan servicios a terceros (v.gr., servicios de delivery). Son débiles jurídicos merecedores de una especial protección, aunque no es sencillo ingresarlos en la lógica de la relación de dependencia, por tanto, bordean la figura del proveedor; al respecto ver la opinión de CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "Estatuto del consumidor

- comentado", Ed. Thomson Reuters, ob. cit., ps. 162 y ss. Una muy clara manifestación de lo dicho puede verse en la imputación que la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores hizo a las empresas de envío a domicilio Rappi, Glovo y PedidosYa; al respecto ver: <https://www.telam.com.ar/notas/202006/472269-defensa-del-consumidor-rappi-glovo-pedidosya-clausulas-abusivas.html>.
- (63) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa y plataformas digitales", ob. cit., ps. 61 y ss.
- (64) Entre otros precedentes sobre el tema, pueden ver a los siguientes: CNCiv., sala k, "Claps, Enrique M. y O. c. Mercado Libre SA", 05/10/2012, Cita Online: LA LEY AR/JUR/55788/2012, confirmado por la CS el 19/11/2013; CNCom., sala D, "Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario", 22/03/2018, LLOnline: AR/JUR/1780/20; ST Córdoba, Sala Civil y Comercial, "Mercado Libre c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial - recurso apelación c/ decisiones de persona jur. pub. no estatal - recurso directo", 19/05/2020.
- (65) MORO, Emilio F., "La responsabilidad del intermediario en las ventas por internet", Responsabilidad Civil y Seguros, 2014-I-26, Cita Online: LA LEY AR/DOC/4544/2013; BARRY, Luis D. - BAUER, Eugenio, "El rol activo como dirimente en materia de responsabilidad en el comercio electrónico", LA LEY 2018-B-526, Cita Online: AR/DOC/825/2018; BAROCELLI, Sergio S. - ESTEVARENA, Emiliano, "La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico", LA LEY 2018-C-180, Cita Online: AR/DOC/870/2018; TAMBUSSI, Carlos E., "Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio", LA LEY 2018-C-101, Cita Online: AR/DOC/789/2018; TRIVISONNO, Julieta B., "Comercio electrónico, responsabilidad y confianza", JA 2018-IV, Cita Online: AR/DOC/3455/2018.
- (66) GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, "El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases", en GOZÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (dir.), Régimen jurídico del consumo colaborativo, ob. cit., p. 75.
- (67) RUIZ-MORALES, Manuel L., "Facebook y otras redes sociales. Derecho a la propia imagen y Derecho Penal", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) - GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit., p. 181.
- (68) Así, entre otros, puede verse lo resuelto por la "R. A. J. c. Facebook Argentina SRL s/ amparo", CNFed. Civ. y Com., Sala I, 16/09/2020; elDial.com - AABF24; y CNFed. Civ. y Com., Sala II, "M., M. E. d. C. c. Facebook Argentina SRL y otro s/ medida autosatisfactiva", 15/12/2020, LLOnline: AR/JUR/68760/2020. Sobre el tema ver MOLINA QUIROGA, Eduardo, "La Corte Suprema revoca una cautelar contra un buscador y resalta la preeminencia de la libertad de expresión", LA LEY 2020-B-65, LLOnline: AR/DOC/4090/2019.
- (69) CNFed. Cont. Adm., sala I, 19/03/2021, "Huawei Tech Investment Co. Ltd. C. DNCI s/ defensa del consumidor - ley 24.240 — art. 45", LLOnline: AR/JUR/17267/2021. Se sancionó la oferta denominada 'One Peso Day', emitida "...con una limitación cuantitativa que operó desde la preinscripción. Dicha limitación no fue informada a las personas que se inscribieron. Asimismo, la empresa no cumplió con las precisiones que formuló en el mensaje de preinscripción que envió a la clienta (fs. 16), en tanto no envió el 'código QR' prometido en la preinscripción y declinó el ofrecimiento del producto por 'falta de cupo'".
- (70) NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., "La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley", LA LEY, diario del 16/09/2020, ps. 1 y ss., Cita Online: AR/DOC/2675/2020.
- (71) MARHABA, Débora — BAROCELLI, Sergio S., "Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores", LA LEY, diario del 13/07/2020, ps. 10 y ss., Cita Online: AR/DOC/1926/2020. Es muy valioso el aporte que allí se hace en cuanto a la sugerencia de elaborar en la materia un manual de buenas prácticas, siguiendo la experiencia comparada.
- (72) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, "Entender Blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido", ob. cit., ps. 209 y ss.
- (73) GUILLÉN GIL, Andrea — RAMOS RAMOS, Sergio, "Blockchain: la oportunidad es ahora", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit., p. 254.
- (74) GUAITA MARTÍNEZ, José M. — CARRACEDO GARNATEO, Patricia, "El fenómeno de las criptomonedas" en GUAITA MARTÍNEZ, José M., Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019, ps. 48 y ss.
- (75) GUAITA MARTÍNEZ, José M., "Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0", ob. cit., p. 129.
- (76) Un estado actualizado del tema puede verse en CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "Estatuto del consumidor comentado", Ed. Thomson Reuters, ob. cit., ps. 126 y ss. Con relación a las criptomonedas, en nuestro país puede consultarse a: CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., "Régimen de responsabilidad civil de los exchanges de criptomonedas", Responsabilidad Civil y Seguros, 2020 (agosto), p. 139, Cita: TR La Ley AR/DOC/1758/2020; BRANCIFORTE, Fernando O., "Las nuevas tecnologías y el Derecho", LA LEY 2019-D-794, Cita: TR LA LEY AR/DOC/2232/2019; y "Análisis de las comunicaciones A 6859 y A 6885 del BCRA. su implicancia para las empresas fintech, usuarios y consumidores de sus servicios", LA LEY

2020-A-843.

(77) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente: usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit., p. 491.

(78) Ídem, p. 494.

(79) SANTARELLI, Fulvio, "Contratos autoejecutables: smart contracts", en TOBÍAS, José W. (dir.), Las nuevas Tecnologías y el Derecho, ob. cit., ps. 269 y ss.

(80) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente: usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit., p. 496.

(81) SANTARELLI, Fulvio, "Contratos autoejecutables: smart contracts", en TOBÍAS, José W. (dir.), Las nuevas Tecnologías y el Derecho, ob. cit., ps. 268 y ss.

(82) Se dice que "Los contratos inteligentes no constituyen un tipo nuevo de contratos sino una forma diferente de contratar digitalmente"; MARZORATI, Osvaldo J., "Las nuevas tecnologías el impacto de la venta on-line en los contratos frente al blockchain y los contratos inteligentes", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 297-859; Cita Online: AR/DOC/1909/2019.

(83) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente: usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) — GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, ob. cit., p. 497.

(84) SANTARELLI, Fulvio, "Contratos autoejecutables: smart contracts", en TOBÍAS, José W. (dir.), Las nuevas Tecnologías y el Derecho, ob. cit., ps. 271 y ss.

(85) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, "Entender Blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido", ob. cit., ps. 143 y ss.; ACCIARRI, Hugo A., "Smart contracts, criptomonedas y el Derecho", LA LEY 2019-B-1082, Cita Online: AR/DOC/1017/2019.