



myf

176

Dr. Marcelo C. **Quaglia**

*Juez del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 14ª Nominción de Rosario.*

***Desafíos 4.0:
Nuevas realidades
que enfrentamos los
operadores jurídicos***

El impacto de las nuevas tecnologías en nuestras relaciones diarias evidencia una serie de desafíos que el derecho debe asumir. Detallamos en estas líneas algunos supuestos en particular y, en nuestra función de operadores jurídicos sugerimos algunas herramientas para aplicar el caso concreto en busca de lograr arribar al resultado más justo.

I. A modo de introducción

Resulta indudable y evidente que actualmente nos encontramos inmersos en la llamada cuarta revolución industrial o Industria 4.0: la cuarta etapa de la evolución técnico-económica de la humanidad contada a partir de la Primera Revolución Industrial.

Se entiende que la primera de estas etapas se dio a través de la mecanización de la industria (máquina de vapor principalmente); la segunda por la producción en masa, la electricidad y el fordismo (líneas de ensamble); la tercera se introduce con la computación y la automatización de funciones y; la actual se caracteriza por una nueva manera de producir, mediante la adopción de tecnologías que vinculan a los procesos físicos con herramientas digitales enfocadas en la interconectividad, la automatización y los datos en tiempo real¹.

Este concepto de Industria 4.0 no sólo se presenta como un nuevo hito en el desarrollo industrial, sino que además evidencia un impacto que excede este marco, generando importantes cambios sociales a los que el operador jurídico debe estar atento.

Hoy nos encontramos con que, junto con la realidad física o analógica, y debido al auge de lo digital, las tecnologías individuales que la conforman se han transformado en un entorno que envuelve y da forma a casi todas las facetas principales de la vida cotidiana: el entorno digital². Cabe a ello adicionar la situación de pandemia y aislamiento que hemos transitado, la que ha forzado a todos a un uso más intenso de la conectividad virtual donde la vida no se ha detenido, sino que se ha trasladado a un lugar diferente³.

En efecto, cabe advertir cómo, a través de un único dispositivo (un smartphone o una Tablet), podemos pasar de forma casi imperceptible de un ámbito de la vida cotidiana a otro, celebrando una reunión virtual, subiendo información a una red social, escribiendo mensajes en una aplicación, leyendo las noticias en la web y comentando los sucesos, adquiriendo la cena de esta noche o un bien determinado, efectuando presentaciones formales en nuestro ámbito laboral, etc.

En tal línea se ha definido al entorno digital como el conjunto de canales, plataformas y herramientas que disponen los proveedores de bienes y servicios para tener presencia en internet y desarrollar sus actividades, sean estos propios (páginas web, correos electrónicos, aplicaciones, tiendas en línea, blogs, landing pages, etc.) o de terceros (redes sociales, publicidad digital, influencers, contenidos virales, sistemas de reseña, marketing en motores de búsqueda, etc.)⁴. Si bien coincidimos con el concepto entendemos que el mismo debe interpretarse expansivamente, comprendiendo cualquier relación vínculo o actividad individual que se desarrolle de manera digital (sea unilateralmente o vinculándonos con otros sujetos).

Obviamente estas nuevas tecnologías pueden brindar numerosas herramientas para facilitar el acceso de las personas a bienes fundamentales y relevantes, tales como la salud, la educación y la información (entre otros); así como la posibilidad de adquirir productos, buscar esparcimiento, etc.; incrementando exponencialmente los estándares de nuestro bienestar social y económico, y hasta colaborar en la plena efectividad del ejercicio de los derechos humanos, dando una mayor calidad de vida a las personas⁵. Sin embargo, como toda herramienta, su uso ser desvirtuado o inapropiado.

En efecto, siendo el entorno digital un ámbito construido y habitado por personas, muchos de los planteos o conflictos que allí se susciten serán los mismos del mundo analógico o real (por denominarlo de alguna forma ya que el mundo digital también es real): a) cuestiones de género (como la violencia de género en entornos digitales o la brecha digital de género existente en algunos países⁶); b) igualdad (especialmente en materia de accesibilidad en el aprendizaje digital inclusivo⁷); c) vulnerabilidad e hipervulnerabilidad⁸; d) abuso de posiciones dominantes; e) tecnologías persuasivas (hoy denominadas diseños del comportamiento⁹); f) neurociencias; g) la exigencia de un trato digno y equitativo; y un extenso y largo etcétera.

Lo reseñado no implica desconocer que también se evidenciarán nuevos desafíos, los que requerirán de nuevas soluciones¹⁰. Éstas no necesariamente implicarán descartar las existentes (que podrán invocarse por analogía) pero a veces exigirán de adaptaciones a las particularidades del caso o de su recepción con esas particularidades en nuevas normas que nos tutelen¹¹.

La cuestión es transversal, abarca numerosas cuestiones y hasta ya ha sido materia de análisis en esta prestigio-

sa publicación, aunque principalmente desde la óptica de las actividades desarrolladas dentro del poder judicial¹². En estas líneas procuraremos analizar brevemente la cuestión, y enunciar algunos ejemplos que se desarrollan en nuestra vida diaria...

II. El impacto en el derecho: algunas situaciones concretas

Las nuevas realidades (especialmente ante el desarrollo de las llamadas TIC's) evidencian nuevos desafíos, interrogantes y eventuales respuestas que demandan de nuestra atención.

La cuestión es de por sí amplia y generosa y, como destaca Tolosa, se plantean nuevos desafíos para los operadores jurídicos, resultando necesario diseñar nuevas instituciones y nuevas estrategias dentro de las ya existentes. A partir de ello se podrán dar soluciones a problemas sociales novedosos en el contexto de realidades complejas y permanentemente dinámicas así como lograr la eficacia de los derechos tutelados. Todo ello reclama una constante formación y capacitación jurídica, preponderantemente interdisciplinaria¹³.

En este contexto, y concedores de nuestras limitaciones, dentro del amplio espectro interdisciplinario y transversal que ofrece la temática, pretendemos en estas breves líneas desarrollar arbitrariamente algunos de los tópicos que se configuran, a título meramente enunciativo¹⁴ y procurando generar inquietudes, interrogantes y, quizás, lograr que el amable lector proponga alguna eventual solución, siempre en aras de la búsqueda de una solución más justa para el caso concreto.

Pasemos entonces al análisis...

II. a) La publicidad 4.0: “la masividad individualizada”

El mensaje publicitario, tanto en contenido como en alcance, ha evolucionado. De esta manera y a través de actualización que impone la Tecnología 4.0, sin perder la masividad que usualmente lo caracteriza (y que hasta se ha incrementado¹⁵), se presenta con un contenido mucho más personalizado y concreto, dirigido a un determinado grupo o grupos de consumidores.

En tal sentido, recientemente, en una sanción impuesta

por la SCI de la Nación a la empresa Cencosud S.A.¹⁶ se evidenció que el proveedor, a través de una agencia de publicidad, remitió un mensaje activado por el uso de cookies del navegador que era exclusivamente divisado por las personas que comenzaron una compra on line en la página web del sancionado y que no llegaron a finalizarla. En la misma se los incitaba a adquirir determinados bienes o productos en el contexto del inicio de la pandemia mundial que nos aqueja y se entendió que la publicidad inducía a conductas socialmente peligrosas al incentivar a los consumidores a concurrir a local del proveedor (en un contexto de pandemia) y que incumplía con la obligación de informar debidamente.

Lo reseñado no es otra cosa que una estrategia de marketing diferenciado, donde el mercado se distribuye en diversos segmentos y el proveedor se dirige a alguno o algunos en particular, conociendo de antemano el perfil del cliente, sus intereses y sus inquietudes. Y es que, a través del análisis una gran cantidad de datos y el cruzamiento de información con otras bases de datos (incluso aprendiendo de esa información¹⁷) el sistema “habla” con los consumidores de manera más o menos personalizada, capturando el interés y la atención del potencial cliente¹⁸.

Podemos enunciar como supuestos de esta situación publicidades de productos o servicios vinculados con búsquedas previas que hemos efectuado en la web; aquellas vinculadas con nuestras características personales (nuestra edad, estado civil, etc.) las que son extraídas usualmente de nuestras redes sociales¹⁹; o las llamadas compras programáticas (modelo de compra de publicidad en tiempo real), donde se procura brindar un mensaje específico al destinatario en un momento preciso y en un contexto determinado: el proveedor accede en tiempo real a una impresión de un anuncio en Internet que está a punto de mostrarse, lo integra con información disponible sobre el usuario que lo verá y el sitio web en el que aparecerá, decidiendo en ese instante si lanza o no la promoción²⁰.

De esta manera (y en determinados supuestos administrando en forma lícita nuestros datos) la Publicidad 4.0 ha logrado aunar dos características aparentemente opuestas e irreconciliables: la masividad (por el alcance) y la individualidad (por el contenido) del mensaje.

Y, si bien dichos caracteres resultan beneficiosos para las partes (el proveedor logra llegar a numerosos potenciales clientes en forma personalizada y el consumidor recibe información vinculada a sus intereses) es necesario que la

actividad desarrollada recopile numerosos datos, reconstruya perfiles, ahonde en sus intereses y determine qué quiere o pretende, procurando predecir sus intenciones (y a veces hasta buscando generarlas).

Lo hasta aquí reseñado ya nos presenta un evidente interrogante: ¿cómo se recaba dicha información? ¿Cuál es el límite razonable en el ejercicio de dicha actividad?

Podemos recordar en este sentido un reciente caso de derecho comparado, ocurrido en las líneas de metro de San Pablo (Brasil): las cámaras de reconocimiento facial de esas líneas analizaban la reacción emocional de los pasajeros que transitaban por la estación para que, posteriormente las puertas interactivas de los vagones les mostraran anuncios personalizados basados en dicha información.

Ante un planteo judicial (aún no firme) se resolvió que el sistema de detección de rostros quedaría comprendido dentro del ámbito de los datos biométricos, conforme Ley General de Protección de Datos de ese país, siendo necesario para su procesamiento el consentimiento de los interesados. Así, se concluyó que se había violado el derecho a la imagen, los requisitos de protección de datos (especialmente de datos de niños, niñas y adolescentes) y

el derecho a la información de los consumidores (que no sabían que eran “scaneados” por las cámaras)²¹.

II. b) Influencers

El llamado deber de consejo siempre ha sido considerado como una facultad que detentaba una de las partes del contrato, pero que no era vinculante y por tanto no generaba consecuencias jurídicas (salvo que fuera efectuado de mala fe)²².

Sin embargo, desde hace ya varios años²³, los autores han comenzado a plantearse si en el caso de los llamados influencers (personas humanas²⁴ que tienen un grupo de seguidores en redes sociales, quienes escuchan sus mensajes y recomendaciones²⁵), no cabría imponer responsabilidad debido a la actividad que desarrollan en el supuesto que el bien o servicio promocionado no cumplimenta lo prometido o, peor aún, genera daños.

Dentro del espectro de quienes reconocen algún tipo de responsabilidad, las partes se enrolan en el ámbito de la responsabilidad objetiva (con fundamentos varios como: a. la existencia de una publicidad ilícita ya que se rompe con el

principio de identificación del mensaje publicitario, b. entender que la publicidad es una fuente de obligaciones per se, c. el beneficio que percibe el influencer o, d. el principio de confianza -hoy receptado expresamente en nuestra normativa en materia de consumo²⁶-) o en el de la subjetiva (también con fundamentos varios, tales como: a. la configuración de mala fe en la recomendación, b. la obligación de verificar lo que se recomienda ya que en su defecto la publicidad es engañosa o c. la configuración de una conducta negligente o antifuncional de derechos)²⁷.

En el ámbito comparado se han comercializado de seguros de responsabilidad civil para bloggers, youtubers e instagramers, sin embargo los mismos tutelan otras órbitas de la responsabilidad²⁸ y no la enunciada.

La cuestión ha sido objeto de análisis en el marco de la autorregulación, a través de códigos de ética publicitarios o de influencers²⁹. Entendemos que ello resulta insuficiente y es necesario regular la cuestión debidamente (en nuestro país se encuentra actualmente en trámite legislativo un proyecto de ley presentado en el Senado bajo el expediente 1358/2020³⁰).

Otra cuestión de relevancia, en este aspecto de transversa-

lidad que referimos, se evidencia cuando el influencer es un niño, niña o adolescente, llegando a plantearse la necesidad de tutela de sus derechos a la imagen, intimidad, honor e identidad digital³¹ y la eventual configuración de un supuesto de trabajo infantil³², entre otras cuestiones.

Una vez más el debate se plantea: ¿cabe imputar algún tipo de responsabilidad al influencer por el mensaje publicitario que comunica y transmite? Y en su caso, ¿con qué fundamentos?

II. c) El Prosumidor³³

El acrónimo (formado por las palabras proveedor y consumidor³⁴) pretende caracterizar al consumidor que realiza actividades que agregan valor al bien o al servicio que ha contratado, valor que usualmente implica una reducción de costos de producción o de recursos que, en otro supuesto, el proveedor debería haber brindado³⁵.

Si bien la figura excede (y precede) el ámbito de los entornos digitales, advertimos que es allí donde más se ha expandido, por ejemplo: a) servicios técnicos que asisten al consumidor de manera remota (siendo éste quien

debe solucionar inconvenientes puntuales de sus computadoras personales, televisores inteligentes o celulares asistido por un operador); b) cuando el consumidor califica determinados bienes o servicios en plataformas digitales, permitiendo así que otros consumidores revisen los comentarios, sugerencias y/o recomendaciones³⁶ y promocionando así el bien o el servicio que el proveedor ofrece³⁷; c) al contratar en forma virtual un viaje, asumiendo funciones que antes pesaban sobre el agente de viajes (completar sus datos para volcarlos en pasajes³⁸, controlar las exigencias de ingreso al país al que pretende ir, o en el caso de la pandemia, la documentación que se solicitará para trasladarse de una provincia a otra, etc.

Como podemos advertir, el proveedor delega o terceriza tareas que le son propias e inherentes a su función (vinculadas con el servicio que presta o el bien que comercializa), delegación o tercerización que es trasladada al consumidor. Las actividades que llevaba a cabo un profesional especializado hoy son desarrolladas por el profano, quien probablemente siquiera haya sido debidamente capacitado a tales fines.

De esta forma se adiciona a la vulnerabilidad genética del

consumidor³⁹, otro factor o elemento que la incrementa o agrava (vulnerabilidad funcional). En el caso a través de la utilización de entornos digitales⁴⁰ y la condición (en algunos casos imposición) de prosumidor (asumiendo un rol a veces hasta preponderante y para el cual usualmente no se lo ha calificado o instruido).

La conclusión, salvo prueba en contrario, no puede ser otra que el prosumidor en entornos digitales debe ser calificado como un hipervulnerable⁴¹, lo que demanda un incremento en su protección (como ya ha señalado la jurisprudencia⁴²) dada la configuración de situaciones de vulnerabilidad agravada.

Dentro de esta ampliación del marco de tutela⁴³ resulta de fundamental importancia considerar los eventuales eximentes de responsabilidad que puede plantear el proveedor plantear ante el daño que sufra el prosumidor desarrollando la actividad encomendada en el entorno digital, usualmente causado por su propio error.

Entendemos que, al trasladar el proveedor parte de sus actividades al entorno digital e imponerlas en cabeza del prosumidor, mal puede pretender, ante la configuración de daños, alegar como eximente el hecho de la propia víctima

y/o de un tercero por el cual no debe responder⁴⁴: el consumidor hipervulnerable goza de un estándar mayor que el resto de los consumidores.

La posterior pretensión del proveedor de liberarse responsabilidad alegando tanto el hecho de la víctima como el de un tercero (vg. en los llamados casos de phishing), deviene en principio impracticable dada que ha sido su previa conducta la que colocó al consumidor/prosumidor en la posición que desencadenó el daño que sufrió, y donde usualmente no se capacitó debidamente a la víctima en el uso de las herramientas provistas. Cobra de esta forma relevancia la ausencia de información adecuada con que pueda contar el prosumidor (arg. art. 1107 CCyC).

Ante dichas situaciones, y ponderando especialmente la especial situación en la que se encuentra el prosumidor no cabe sino concluir que es el “verdadero” proveedor quien debe asumir los riesgos y costos que se configuren debido a las conductas o inconductas que desarrolle el prosumidor. En dicha línea ya se han pronunciado, ante el planteo de medidas cautelares tendientes a evitar el cobro de créditos otorgados aparentemente en forma indebida así como sobre el fondo, varios Tribunales⁴⁵.

III. Algunas reflexiones finales

La configuración de estas nuevas realidades se evidencia hoy como un fenómeno innegable, y requiere muchas veces de una necesaria contención a fin de evitar abusos o usos inapropiados. Tal es la tarea que se impone al operador jurídico, ¿de qué forma podemos llevarla a cabo?, ¿con qué herramientas enfrentar el fenómeno?

Usualmente, ante este tipo de situaciones, la primera valla de contención se configura en el ámbito de la autorregulación; sin embargo, en el marco de los entornos digitales ya se ha advertido que, más allá de resultar beneficiosa en determinadas situaciones, la autorregulación no se evidencia como satisfactoria: la moderación de contenidos y los mecanismos internos de revisión muchas veces resultan insuficientes⁴⁶.

Es por ello que es necesario recurrir a otros recursos. En este caso el derecho debe intervenir pero, dada la celeridad de los fenómenos, no resulta suficiente que lo haga actuando en forma posterior al hecho, asistiendo al cambio y receptándolo o rechazándolo, dándole o quitándole de esta manera a la situación fáctica la estabilidad que le brinda una consagración jurídica⁴⁷.

Tal no es la única forma en la que el derecho puede actuar. Es evidente que el derecho es un fenómeno social y un elemento que debe buscar componer la realidad, y no sólo como normatividad posterior: en temáticas como la presente debe constituir una parte contextual, impulsora de transformaciones y cambios sociales, estimulando como guía de un futuro quehacer o instrumento de cambio⁴⁸.

En tal función actúa como segunda valla de contención, recurriendo para ello (ante la ausencia de normas expresas) a los principios generales del derecho vigentes, principios que pueden brindar soluciones a casos particulares y concretos, usualmente a través de la actividad jurisdiccional⁴⁹.

En esta línea podemos destacar que nuestro ordenamiento positivo ha receptado expresamente una enunciación de 14 Principios Fundamentales en el ámbito de las relaciones de consumo, enumerando lo que califica como los principios básicos en la materia⁵⁰. Varios de ellos se vinculan en forma directa con el tema que estamos tratando (a. Progresividad y No Regresión; b. Acceso al Consumo; c. Transparencia de los Mercados; d. Protección Especial para Consumidores en Situación Vulnerable y de Desventaja⁵¹; e. Respeto de la Dignidad de la Persona Humana; f. Antidiscriminatorio; g. Información; h. Armonización; i.

Equiparación de Derechos y j) Confianza, entre otros).

Cabe adicionar a ello principios generales del derecho (como la buena fe), así como otros principios propios del ámbito del consumo no enunciados expresamente ya que la enumeración normativa detallada debe considerarse como meramente enunciativa (cabe señalar como ejemplo entre los principios no enunciados el de Primacía de la Realidad, incorporado en el art. 5 de los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor con actual estado legislativo⁵²).

De esta forma se evidencia claramente la posibilidad de agregar, adicionar y/o aplicar otros principios en el caso concreto, aún cuando los mismos no cuenten con una recepción legislativa expresa, existiendo la posibilidad que nuevos principios sean deducidos por el operador jurídico a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico y/o extraídos del derecho natural (conforme a qué posición se adhiera)⁵³.

Conforme lo expuesto, más allá de la consagración expresa o no de un principio como norma vigente, los mismos son plenamente operativos y aplicables a cada caso concreto resultando una consecuencia del mandato constitucional consagrado por el art. 42 3er. párrafo de la CN, norma que

impone la necesidad de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de relaciones de consumo, y demandando por tanto el esfuerzo de cada uno de nosotros como operadores jurídicos para procurar arribar a la solución concreta en cada caso.

Finalmente, lo reseñado no impide que, ante determinadas situaciones la tecnología genere relaciones jurídicas que desborden este marco normativo, reclamando un proceso de regulación propio que procure efectivizar más concretamente esos principios, incorporando nuevas normas y, en algunos supuestos hasta una nueva institucionalidad, la que podrá incluir órganos reguladores especializados⁵⁴ (tal sería la tercera valla de contención del fenómeno)⁵⁵.

A través de dichos instrumentos deberá el operador jurídico encontrar la solución justa en el caso concreto. Tal es hoy, como todos los días, el desafío que les proponemos... ■

CITAS

¹ <https://www.argentina.gob.ar/inti/industria-40>

² BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The Mit Press, 2021.

³ BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The Mit Press, 2021.

⁴ BAROCELLI, Sergio Sebastián; “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales”, La Ley Revista del 8 de noviembre de 2021, edición especial por el XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor: “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 8.

⁵ PARRA, Sepúlveda, Darío y CONCHA MACHUCA, Ricardo; “Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades”, Universitas, vol. 70, 2021, Pontificia Universidad Javeriana, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20\(2021\)/82569129005/#fn101](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20(2021)/82569129005/#fn101).

⁶ <https://es.unesco.org/news/cerrar-brecha-digital-genero-hackaton-ia-organizado-microsoft-desarrolla-competencias-digitales>

⁷ <https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/es/portal/educacion-inclusiva-superar-las-barreras-de-la-tecnologia>

⁸ Parte de nuestra doctrina nacional asevera que el consumidor electrónico o digital, tan solo por dicha condición, debe ser considerado y calificado como un consumidor hipervulnerable (MENDIETA, Ezequiel; “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la Resolución N° 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor – N° 9 – diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo “Despegar.com.ar SA c/GCBA s/Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor”, Revista de Derecho del Consumidor – N° 8 – abril 2020, IJEditores).

⁹ En el año 1997 el Dr. Brian Jeffrey Fogg funda en la Universidad de Stanford el “Behavior Design Lab” (Laboratorio de diseño de comportamiento) , cuyo objetivo es comprender el comportamiento humano y diseñar cómo poder efectuar cambios en ese comportamiento (para mayor información puede consultarse <https://behavioral.design.stanford.edu/>).

¹⁰ Por ejemplo, en el ámbito del metaverso una persona humana puede elegir configurar su avatar de otro género o raza y, por tanto, ser discriminada en razón de ello (no la persona sino su avatar) (AGUDELO PIÑEROS, Catalina; “La sociedad de los avatares: Videojuegos, representación y discriminación”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Sociales, Maestría en estudios culturales, Bogotá, 2014

<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/13464->).

¹¹ Tal es el supuesto, por ejemplo, de la Resolución 1033/2021 SCI, que regula (entre otros tópicos) la relación entre el consumidor los llamados chatbots. El término chatbots (bot de charla o bot conversacional) es un neologismo actualmente admitido en el idioma español (<https://www.fundeu.es/recomendacion/chatbot-neologismo-valido/>) que denomina programas informáticos con los que una persona puede mantener una conversación, Se ha creado a través de la acronimia entre chat (“intercambio de mensajes electrónicos a través de internet que permite establecer una conversación entre dos o más personas” -<https://dle.rae.es/chat;>, RAE, primer acepción-) y bot (acortamiento de robot).

¹² La décima edición de esta revistas abordó temas tales como inteligencia artificial y derecho, innovación tecnológica en la gestión judicial y neurociencias y derecho (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/wp-content/uploads/2021/12/MF2021WEB.pdf>).

¹³ TOLOSA, Pamela K., "Nuevas habilidades a desarrollar por quienes ejerzan la abogacía de cara al futuro", Diario La Ley 29/08/2018, LA LEY, 2018-D, 1076, cita online TR LALEY AR/DOC/1744/2018.

¹⁴ Es bien sabido que la una elección limitada de temas, como la abor-

dada en estas líneas, no sólo es arbitraria sino también injusta. Quedan varios e interesantes temas pendientes de análisis, tales como la responsabilidad de las plataformas digitales de consumo colaborativo o compra y venta on line, la telemedicina, las empresas de base tecnológica (fintech, insurtech, etc.), la necesidad (o no) de transparentar los algoritmos, la calificación de los algoritmos como cosa riesgosa o peligrosa, la afectación de la voluntad que puede generar el uso de redes sociales y el mapping de la persona, etc.

¹⁵ Por ejemplo, a través del uso de la web, redes sociales, mailings personalizados, etc. (al respecto puede consultarse “La batalla de la publicidad se libra en Internet y las grandes agencias no quieren perdérsela”, nota periodística del diario “El País” de España del 6 de julio de 2019, https://elpais.com/economia/2019/07/05/actualidad/1562323092_245688.html).

¹⁶ Disp. 126/2021 de la Secretaría de Comercio Interior, del 25 de marzo de 2021 (la que no se encuentra a la fecha firme).

¹⁷ Machine learning (aprendizaje automático) es una rama de la inteligencia artificial que permite que las máquinas aprendan sin ser expresamente programadas para ello. Naturalmente la Publicidad 4.0 se vincula y relaciona de manera directa el aprendizaje automático y la inteligencia artificial. Para profundizar la cuestión se recomienda

consultar FRUSTAGLI, Sandra A.; “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, SJA 14/07/2021, 19.

¹⁸ La herramienta (basada principalmente en Inteligencia Artificial) trasciende el fenómeno de la publicidad y podemos encontrarla por ejemplo en la aplicación de los llamados bot de charla o bot conversacional (Chatbots): aplicaciones de software que simulan mantener una conversación con una persona al proveer respuestas automáticas, las cuales son previamente establecidas y que van evolucionando a través de la prueba de ensayo y error.

La cuestión trasciende el objeto de este análisis, pero no podemos dejar de plantearnos si su uso excesivo o exclusivo por parte del proveedor no puede llevar a un supuesto de práctica abusiva (advirtiéndose que la Res. 27/2019 Mercosur regula el servicio eficiente de atención de consultas y reclamos), afectando el trato digno y equitativo de los consumidores. En esta línea la Secretaría de Comercio Interior de la Nación ha impuesto una multa a Despegar S.A. de \$ 4 Mill por falta de canales de atención por trámites y consultas relativas a modificación o cancelación de servicios adecuados (-www.argentina.gob.ar/noticias/multas-por-205-millones-empresas-por-incumplir-la-ley-de-defensa-del-consumidor-).

¹⁹ El fenómeno de la publicación de la vida privada en las redes trasciende naturalmente el marco del derecho. Para profundizar la temá-

tica desde el punto de vista sociológico se recomienda consultar SIBILLA, Paula; “La intimidad como espectáculo”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, México.

²⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Compra_programatica

²¹ Para profundizar la temática puede consultarse, entre otros, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-case-of-sao-paulo-subway-facial-recognition-cameras/?lang=es> y <https://reconocimientofacial.info/justicia-brasilena-condena-empresa-de-metro-por-uso-de-reconocimiento-facial-sin-consentimiento-en-sao-paulo/>. Y en este link puede accederse a la sentencia en el idioma original: https://idec.org.br/sites/default/files/doc_5._sentenca_viaquatro.pdf

²² El art. 1893 CC, referido al mandato planteaba que la incitación o el consejo, en el interés exclusivo de aquél a quien se da, no produce obligación alguna, sino cuando se ha hecho de mala fe, y en este caso el que ha incitado o dado el consejo debe satisfacer los daños y perjuicios que causare.

Actualmente el art. 1581 del CCyC (en materia de fianza) incorpora una norma similar con relación a las cartas de recomendación o patrocinio.

En esta misma línea se enrolan el art. 485 CC portugués y art. 676 Código Alemán.

²³ Uno de los primeros en abordar la cuestión ha sido Federico ALVA-

REZ LARRONDO en su trabajo “La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades” en RCyS año XII, Nro. 2, Febrero 2010, p. 44.

²⁴ Criterio que hoy nuevamente se ve debatido ante la configuración de robots/inteligencias artificiales que se desempeñan como influencers (<https://neubox.com/blog/los-5-robots-mas-populares-que-trabajan-como-influencers/>), cuestión que por razones de espacio y capacidad omitimos debatir en estas líneas.

²⁵ MARHABA, Débora y BAROCELLI, Sergio Sebastián; “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, LL 13/07/20202, 10 TR LALEY AR/DOC/1926/2020.

²⁶ Res. Mercosur 36/2019, incorporada a nuestro derecho por la Res. 310/2020 SCI.

²⁷ Entre otros puede consultarte en esta el suplemento publicado por el diario La Ley el 13 de julio de 2020: “Influencers y el Mercado Multinivel”, donde varios y prestigiosos autores analizan la temática.

²⁸ Actos vinculados con la violación de derechos de propiedad intelectual (marca registrada, identidad corporativa, imitación fraudulenta, etc.); incumplimientos de una licencia adquirida (derechos de autor de un tercero); difamaciones; incumplimiento de cualquier deber de

confidencialidad; negligencia por transmisión de un virus o cualquier código malicioso, etc.; excluyéndose expresamente los incumplimientos del Reglamento General de Protección de Datos (<https://blog.inspiritmutua.com/seguro-de-responsabilidad-civil-influencers/>).

²⁹ <https://fundaciongabo.org/es/etica-periodistica/recursos/influencers-aqui-esta-su-decalogo-etico;>
<https://www.hamelin-agency.com/codigo-etico-de-influencers-para-publicidad/>, etc.

³⁰ 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”, LL 16/09/2020, 1 TR LALEY AR/DOC/2675/2020.

³¹ GRAIEWSKI, Mónica; “El papel de los progenitores en la presencia de sus hijos en internet”, EBOOK-TR 2022 (Errico), 141 TR LALEY AR/DOC/2487/2021 y VANITETTI, Hugo A.; “2Proteccion del derecho a la imagen, intimidad, honor e identidad digital de las niñas, niños y adolescentes. Responsabilidad parental y corresponsabilidad digital”, DFyP 2021 (diciembre), 190 TR LALEY AR/DOC/3032/201.

³² OJEDA, María Verónica y PANCINO, Bettina; “Los niños influencers o trabajo infantil encubierto”, LL 8/11/2021, 1 TR LALEY AR/DOC/3668/2021.

³³ Para continuar analizando esta temática se sugiere consultar QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, publicado en RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

³⁴ <https://www.fundeu.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>

³⁵ Por ejemplo, usualmente en nuestros días muchos muebles se adquieren sin armar, pesando sobre los hombros del consumidor (prosumidor) esa tarea. Ello no sólo permite un packaging más económico, sino que además excluye de la cadena de comercialización a una persona (a cargo del proveedor) que los arme para entregarlos o, en su defecto, brindar a esa persona a un mayor costo.

³⁶ Naturalmente el supuesto difiere del analizado precedentemente ya que el prosumidor no es un influencer.

³⁷ La primera de las 95 tesis del Manifiesto Cluetrain asevera que los mercados son conversaciones (la obra es un llamado a la acción para que las empresas que operan en internet se adapten a este nuevo mercado) (LEVINE, Rick — LOCKE, Christopher — SEARLS, Doc — WEINBERGER, David, “El Manifiesto Cluetrain. El ocaso de la empresa convencional”, Ed. Deusto, 1999).

³⁸ El particular ejemplo enunciado, ante un error del prosumidor al

volcar la información (por ejemplo, ante la emisión de un ticket aéreo), cuenta hoy con una solución concreta en el marco del art. 5 de la Res. 37/2019 Mercosur sobre Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico (internalizada en nuestro derecho a través de la Res. 270/2020 SCI), en ella se dispone que el proveedor debe otorgar al consumidor los medios técnicos para el conocimiento y la corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción. Sin embargo, pueden plantearse otras vicisitudes donde las normas no presenten una solución tan específica o concreta.

³⁹ Destaca en este aspecto Garzino, que la noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de éste frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios positivos (GARZINO, M. Constanza; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf).

Dicha condición de vulnerabilidad cuenta hoy con un reconocimiento normativo expreso (art. 1, Res. 36/2019 Mercosur, ratificada en nuestro derecho interno por la Res. 310/2020 SCI).

⁴⁰ Así lo destaca BAROCELLI, Sergio Sebastián en “Hacia una teoría

general de las relaciones de consumo en entornos digitales” en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 7.

⁴¹ Determina la Resolución 139/2020 de la SCI en su art. 1 que “se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

⁴² Entre otros CNCivil Sala M, 01/07/2020; “A., C. H. y otros c. F. E. s/ daños y perjuicios”, TR LALEY AR/JUR/29469/2020 y CNCivil Sala A, 21/11/2012, “R.F. c. Parque de la Costa s. Daños y Perjuicios”, con especial referencia al voto del Dr. Sebastián Picasso, RCyS 2013-II, 183, Cita online: AR/JUR/63681/2012.

⁴³ La calificación del consumidor como hipervulnerable conlleva numerosos efectos:

a) incremento del deber de prevención o mitigación del daño.

A mero título ejemplificativo puede destacarse que la última parte del art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consu-

mo de la CABA subraya la preeminencia del principio de prevención, especialmente cuando se traten de “consumidores hipervulnerables”, para lo que se conecta aquel dispositivo con los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial.

b) incremento del deber de colaboración probatoria por parte del proveedor.

El art. 4 de la Resolución 139/2020 SCI determina, para el procedimiento administrativo nacional, que en caso de “hipervulnerabilidad” media exigencia de acentuar el deber de colaboración probatoria.

c) necesidad de utilización del llamado lenguaje claro.

El segundo párrafo del art. 171 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (Expte. 5156-D-2020) dispone que en la notificación deba utilizarse lenguaje claro y accesible a los consumidores, en especial a los consumidores hipervulnerables. Ello deviene conteste con lo actualmente reglado en el art. 4 de la Resolución 139/2020 SCI ya aludida.

d) flexibilización del principio de congruencia.

“Al dictar sentencia el juez resolverá en base a las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervul-

nerables, con los alcances de los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación” (art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA).

e) y un largo etcétera.

⁴⁴ Son muchos los ejemplos donde la jurisprudencia, ponderando la condición de hipervulnerable del consumidor dañado morigeró (admitiendo concausas o concurrencias) o incluso desestimó las eximentes planteadas: CNCiv., Sala A, 21/11/2012, “R., F. y otro c/ Parque de la Costa S.A. s/Daños y perjuicios”, RCyS 2013 II,183; CNCiv., Sala M, 7/3/2012, “Pazzaglini, Carlos Ariel R. c/Buenos Aires Entretenimientos S.A. F1 Kart y otro s/Daños y perjuicios”, LL 2012-E , 239; RCyS 2012-X , 111; CCiv. y Com. Morón, Sala II, 26/4/2011, “Boeiro, Olga B. c/ Cenconsud S.A. s/Daños y perjuicios”, AR/JUR /12218/2011; CSJMendoza, “Bloise de Tucchi Cristina c/ Supermercados Makro S.A”, del 26/07/2002, voto de la distinguida Aida Kemelmajer de Carlucci; entre otros.

⁴⁵ Cabe enunciar, entre otros: a) la Resolución cautelar 802 del 9 de agosto de 2021 librada por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 14va. Nominación de Rosario (recurrida), en la que se plantea que el demandado, a través de la llamada bancarización digital, traslada funciones y prestaciones propias de su ámbito al ámbito de sus clientes; b) el Acuerdo cau-

telar 29.708/2021 de la CNac. en lo Criminal y Correccional, sala 1 donde se reseña (por mayoría) que la entidad que ponga a disposición tecnología informática al usuario que sólo ésta gestiona para entablar una relación jurídica -en este caso, una relación comercial- debe soportar las medidas cautelares que se adopten judicialmente en sede penal para esclarecer el hecho investigado; como también responder, sea penal o civilmente, según sea el caso, por la cuestión; c) la sentencia de fondo emitida el 11 de febrero de 2022 por el Juzg. 1era. Inst. CCy Fam. 3ª de San Francisco, Córdoba en los caratulados “Urquía, Nicolás M. c/ Banco BBVA Argentina S.A., expte. 10176944, reseña que el banco al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo la misma seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente... no puede hacer cargar al consumidor con las consecuencias de un servicio inadecuado en cuanto a la seguridad que debe proveer y; d) la Cámara 2da. CyC, sala II por acuerdo del 5/5/2022 (TR LALEY AR/JUR/63863/2022) confirma la sentencia de primera instancia que asigna responsabilidad a la entidad bancaria ante un supuesto de phishing, declarando además nulos los contratos de préstamos y adelanto de haberes celebrados; todo ello con sustento (entre otros argumentos) en la calidad de consumidor hipervulnerable del actor.

⁴⁶ https://elpais.com/retina/2019/04/12/tendencias/1555058434_379325.html;

<https://www.vozdeamerica.com/a/autorregulacion-no-es-suficiente-para-combatir-desinformacion-en-redes/6267600.html>

Así lo ha señalado en octubre del año pasado, por ejemplo, la secretaria de prensa de la Casa Blanca dejando en claro que la administración de Biden procurará una mayor supervisión federal de las empresas de tecnología que por ahora han logrado el control del discurso y la retórica violenta o de odio en sus propias plataformas (<https://www.independentespanol.com/noticias/denunciante-facebook-frances-haugen-autoregulacion-b1932255.html>).

⁴⁷ DIÉGUEZ MÉNDEZ, Yurisander; “El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad” en “Derecho y Cambio Social” en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5500757.pdf>

⁴⁸ AÑÓN, María José; “Derecho y Sociedad”, trabajo publicado en Introducción a la Teoría del Derecho, Obra Colectiva, Editorial Félix Varela, La Habana 2006, pág. 82.

⁴⁹ De esta forma no podemos sino destacar nuevamente la importancia de la vinculación de los principios generales en materia de consumo con los llamados entornos digitales, así como lo acertado de la propuesta de las Jornadas Nacionales en este sentido.

⁵⁰ Res. Mercosur 36/2019, incorporada a nuestro derecho por la Res. 310/2020 SCI.

⁵¹ Cabe recordar que para algunos autores la condición de consumidor digital implica per se la calidad de hipervulnerable (MENDIETA, Ezequiel, "Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020", Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y "Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo 'Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100 y BAROCELLI, Sergio Sebastián en "Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales" en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor "Hacia el Código nacional de defensa del consumidor", p. 7).

⁵² Exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020.

En referencia al mismo puede consultarse, HERNANDEZ, Carlos A.; JAPAZE, Ma. Belén; OSSOLA, Federico A.; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel A.; "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", Publicado en: LA LEY 15/03/2021, 1.

⁵³ RUIZ RUIZ, Ramón; "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho", en Rev. Derecho y Realidad Núm. 20 II semestre de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias

Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.

⁵⁴ PARRA, Sepúlveda, Darío y CONCHA MACHUCA, Ricardo; "Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades", Universitas, vol. 70, 2021, Pontificia Universidad Javeriana, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20\(2021\)/82569129005/#fn101](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20(2021)/82569129005/#fn101)

⁵⁵ Así, por ejemplo en España se elaboró un anteproyecto de ley con el que el Ministerio de Consumo regularía los servicios de atención al cliente, similar en varios aspectos a la norma que analizamos (https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/adios-a-los-bots-los-usuarios-podran-exigir-por-ley-ser-atendidos-por-personas-en-la-banca-la-energia-o-la-telefonía-4950097/?s=09?utm_source=whatsapp.com&utm_medium=socialshare&utm_campaign=mobile_web) y en Chile se encuentra actualmente en debate parlamentario una ley que pretende tutelar los neuroderechos (<https://www.swissinfo.ch/spa/chile-aprueba-ley-para-proteger-los-neuroderechos--o-derechos-del-cerebro/46990688>).

En nuestro país un claro ejemplo de esta situación se presenta en la Resolución 1033/2021 SCI que reglamente, entre otros aspectos, el uso por parte del proveedor de los llamados chatbots o robots conversacionales y ya hemos citado precedentemente el proyecto de regulación de la actividad de los llamados influencers.