

Sergio Sebastián Barocelli (*Editor*)

LA DEFENSA DE LAS Y LOS CONSUMIDORES EN LOS ENTORNOS DIGITALES



VOL. VI

Segunda Colección del Programa de
Difusión de Resultados de proyectos
de la Secretaría de Investigación



**LA DEFENSA DE
LAS Y LOS CONSUMIDORES
EN LOS ENTORNOS DIGITALES**

PROYECTO DECYT 2018-2020

Sergio Sebastián Barocelli
(Editor)

Natalia E. Torres Santomé
(Codirección)

Barocelli, Sergio Sebastián

La defensa de las y los consumidores en los entornos digitales / Sergio Sebastián Barocelli;
editado por Natalia E. Torres Santomé. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires:
Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Secretaría de Investigación, 2023.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-29-1985-0

1. Derecho Informático. 2. Redes Sociales. 3. Desinformación. I. Torres Santomé, Natalia
E., ed. II. Título.

CDD 343.071



Facultad de Derecho

1º edición: junio de 2022

© Secretaría de Investigación

Facultad de Derecho, UBA, 2022

Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA

www.derecho.uba.ar

Coordinación académica: Daniel R. Pastor, Emiliano J. Buis y Luciana B. Scotti

Coordinación administrativa: Carla Pia Victoria Alizai

Edición y Corrección de estilo: Laura Pégola

Diseño y diagramación de interior y tapa: Eric Geoffroy ericgeof@gmail.com

Imagen de tapa: Ilustración realizada por Elf-Moondance. Imagen licenciada por Pixabay.

Impreso en la Argentina – Made in Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Introducción 6

**LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES
EN ENTORNOS DIGITALES. APORTES PARA
UNA TEORÍA GENERAL** 9
Sergio Sebastián Barocelli

**LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
COMO CONSUMIDORES Y USUARIOS
EN EL ENTORNO DIGITAL** 44
Paula Eugenia Rodríguez, Carolina Carina Velardi
y Natalia E. Torres Santomé

**LA ACCESIBILIDAD WEB COMO
HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO
USUARIOS Y CONSUMIDORES** 58
Daniela Gala Núñez, Juan Manuel Iglesias Frecha,
Tamara Anahí Escudero y Enrique Luis Suárez

**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TURISTA
EN EL ENTORNO DIGITAL** 107
Ezequiel N. Mendieta y Leonardo Romero

**EL PACIENTE COMO CONSUMIDOR
HIPERVULNERABLE DE LOS SERVICIOS
DE SALUD EN ENTORNOS DIGITALES. UNA
APROXIMACIÓN A LA TELEMEDICINA DESDE
EL DERECHO DEL CONSUMIDOR** 152
Ricardo Adrián Parra y Martín Alberto Testa

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ROBOTS AUTÓNOMOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL	177
Juan Cruz López Guillermón	
SITUACIONES DEL CONSUMIDOR EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE CONCERTADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. EL CASO DE UBER	200
María Gabriela Malichio y Vanina Ailén Ríos	
Conclusiones Generales	233
Los autores y las autoras	239

Introducción

En este libro presentamos los resultados del proyecto de investigación DECyT 2018-2020. Este proyecto se llevó a cabo en el Instituto de Investigaciones A. Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y contó con un grupo heterogéneo de investigadores, formado por alumnos, nóveles abogados, graduados y posgraduados.

La heterogeneidad de formaciones y edades permitió abordar el tema elegido desde ópticas ampliadas, integrando, así, las vivencias generacionales y el conocimiento de los investigadores en formación y de los investigadores profesionales.

La investigación continúa la línea que el mismo equipo forjó en sus proyectos anteriores –“Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor”, “Género y Derecho del Consumidor” y “Consumidores hipervulnerables”. Se trata de la efectiva tutela de este derecho humano de tercera generación, de la real efectivización del derecho de las y los consumidores en todas y cada una de las relaciones de consumo.

En esta obra se han identificado las características propias de los entornos digitales que dan lugar a una nueva taxonomía: el consumidor digital. Estos entornos profundizan la debilidad estructural característica de las y los consumidores y usuarios respecto de los proveedores, por una suma de elementos ajenos a los tradicionales. La intangibili-

dad del hecho, la accesibilidad, la aparición de nuevos actores –tales como las plataformas–, la conectividad, la conexas contractual se presentan y redefinen estos escenarios.

Cuando el proyecto comenzó en el año 2018, los entornos digitales se introducían como una realidad que convivía con el comercio presencial, pero su intensidad –si bien iba en aumento– era cuantitativamente menor en referencia a la presencial. Así fue que originalmente se diseñaron los tópicos de estudio en virtud de los temas que generaban mayor inquietud.

Sin embargo, al ir finalizando el proyecto ocurrió un hecho de dimensiones mundiales que alteró el curso de todas las vidas: la pandemia. Frente a ella, el ASPO (aislamiento social, preventivo y obligatorio), como medida sanitaria indispensable, dio lugar a una nueva cotidianidad.

El hecho sanitario redefinió cantidad de relaciones sociales, y así el comercio digital adquirió una dimensión nueva. Frente a esta realidad imprevista e intempestiva fue necesario recurrir a todos los saberes y las herramientas que pudieran utilizarse. Fue entonces cuando los lineamientos que el proyecto de investigación había generado se resignificaron y generaron bases sólidas para abordar las nuevas situaciones.

Los resultados de esta investigación exceden a esta publicación, que se realizó con una selección específica y recortada de temas. Es por ello que en las conclusiones finales se integran todos los tópicos y temas abordados.

Esta selección presenta aportes para una teoría general que dan cuenta de lo vasto de la problemática y de la necesidad de continuar las investigaciones al respecto. La hipervulnerabilidad –sobre la que este equipo trabajó en su proyecto DECyT 2016-2018– resulta un tema sustancial en las relaciones de consumo en los entornos digitales, que presentan características particulares que es necesario abordar. Dentro de los colectivos hipervulnerables se analizaron, en particular, las infancias y las adolescencias, la accesibilidad para las personas con discapacidad, la telemedicina y también lo referente al consumidor turista. Durante el curso de la investigación, se dictó la Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, que es un gran ejemplo de cómo efectivizar el deber tuitivo del Estado ante estos colectivos. La resolución –que promueve la identificación de oficio de la hipervulnerabilidad y la facilitación para el acceso a la resolución de los conflictos derivados de las

relaciones de consumo— da cuenta de los colectivos aquí trabajados. Durante el año 2021, las infancias y adolescencias también conquistaron el derecho de una participación activa y personal en la resolución de conflictos, a través de la resolución 236/2021.

Todo lo abordado visibiliza un proyecto vanguardista desde sus orígenes. En el año 2018, con un mundo absolutamente diferente, este equipo divisó y abordó los problemas que vendrían; generó, así, contribuciones efectivas. Las conclusiones generales son los aportes preliminares para un tema que se impuso en la nueva realidad.

Queremos agradecer a las autoridades y personal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en particular a la Secretaría de Investigación y al Instituto Ambrosio Gioja, por su apoyo y acompañamiento permanente. También a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Para nosotros, es un enorme orgullo presentar esta obra, tanto por sus aportes como por el equipo que la realizó. Un equipo sumamente comprometido con los Derechos Humanos y la profundización del conocimiento. Un equipo que se destaca por su sólida formación y por su enorme camaradería y compromiso.

A ellos, nuestro particular agradecimiento.

Sergio Sebastián Barocelli (Director)
Natalia Eva Torres Santomé (Codirectora)

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN ENTORNOS DIGITALES. APORTES PARA UNA TEORÍA GENERAL

Sergio Sebastián Barocelli

I. Introducción

La protección jurídica de los consumidores encuentra su fundamento en el campo de lo social en los embates sufridos por los efectos de la llamada “sociedad de consumo”¹ y en la visibilización en el campo de la Economía de las llamadas “fallas del mercado”.²

¹ Sobre la sociedad de consumo, ver: Carrasco Rosa, Ana, “La sociedad de consumo: origen y características”, enero 2007, <http://www.eumed.net/ce/2.007a/acr.htm> [Consultado el 28/01/2018]; Bocoock, Robert, *El consumo*, Madrid, Talasa, 1995; Bauman, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Madrid Gedisa, 2000; Bauman, Zygmunt, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007; Baudrillard, Jean, *La sociedad de consumo. Sus límites, sus estructuras*, 2ª edición, Madrid, Siglo XXI, 2012.

² Reich, Norbert, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 10; Bourgoignie, Thierry, *Elementos para una teoría del Derecho del Consumidor*, San Sebastián, España, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del País Vasco, 1994, pp. 11 y sigs.; Ramsay, Ian, *Consumer Protection: Text and Materials (Law in Context)*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 36.

El Derecho reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, estableciendo una serie de normas, principios e instituciones de protección en su favor.³

Esta vulnerabilidad estructural⁴ se ve acentuada especialmente por el impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en el mercado; en particular, por el desarrollo de internet.

En el presente documento trataremos de delinear algunas reflexiones sobre la protección legal de los consumidores en el entorno digital desde la perspectiva del Derecho argentino.

II. El impacto de internet en las sociedades contemporáneas

En sus orígenes, en la posguerra mundial, internet fue desarrollada para usos militares y académicos.⁵ En 1993, el gobierno de los Estados

³ Bouvier, Elizabeth y Hormaiztegui, Gabriela, “Relaciones de consumo en el mundo digital”, DC1BA4, 3.

⁴ Shina, Fernando, “Consumo online. Problemática del contrato informático”, DC14E6, 3; Barocelli, Sergio S., “El principio de vulnerabilidad agravada en el Proyecto de Nueva Ley de Defensa del Consumidor de la Argentina”, IJ-DCCCLXII-990, 2; Barocelli, Sergio S. y Estevarena, Emiliano, “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, AR/DOC/870/2018, 4; Molina Quiroga, Eduardo, “Responsabilidad contractual en contratos informáticos”, AR/DOC/922/2014, 4.

⁵ Internet surge embrionariamente en el año 1969 con la creación del proyecto ARPANET, del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, que permitía la conexión de varios ordenadores situados en diversos puntos (14 para el año 1971; 30 para el año 1973; 61 para el año 1975). La interconexión de estos nodos permitía la transmisión de información de uno a otro, lo que evolucionó luego en la puesta en servicio de la red NSFNET. Esta red, creada por la Fundación Nacional de Ciencia, financiada por el Gobierno de los Estados Unidos, utilizaba los mismos protocolos y tecnología que ARPANET, pero tenía una vocación de apertura. En el año 1983 se introducen los protocolos TCP/IP, cuya familia de protocolos se continúa utilizando y constituye la base de internet. El quiebre o punto inflexivo en el cual se puede afirmar el inicio de la masificación de internet en el ámbito de uso civil fue el año 1990, cuando ARPANET deja de operar y se ve sustituida por MILNET (dedicada exclusivamente a su utilización militar), mientras que NSFNET –que operó hasta 1995– quedó dis-

Unidos dejó de administrar la red gubernamentalmente y se levantó la prohibición que existía hasta entonces para el uso comercial de internet. A partir de ese mismo año, el dominio público de la red permitió la multiplicación exponencial de sus usuarios, año tras año.⁶

En sus comienzos internet tenía un objetivo claro: se navegaba en internet tanto para búsquedas de información como para la utilización de servicios de correo o mensajería electrónica. Con el tiempo, los desarrollos tecnológicos permitieron la diversificación de sus usos, en todos los ámbitos: gubernamentales, laborales, políticos, comerciales, sanitarios, académicos, productivos, educativos, científicos, religiosos, periodísticos, filantrópicos, y de entretenimiento y ocio. Esto se ha potenciado aún más a partir del desarrollo de tecnologías como la telefonía móvil, la robótica, la llamada *big data*, los “contratos inteligentes”, la tecnología *blockchain*, la “internet de las cosas” –o en las cosas (IoT)– o la inteligencia artificial (AI).

Según informes del año 2019, el 57 % de la población mundial tiene acceso a internet, el 52 % utiliza teléfonos móviles con acceso a internet, el 46 % usa redes sociales y el 37 % ha realizado operaciones de comercio electrónico.⁷ Asimismo, respecto de los usuarios de internet, el 93 % mira videos en línea, el 70 % utiliza servicios de descarga conti-

ponible para su utilización académica, científica, comercial y civil, y constituyó lo que se conoce como el esqueleto de internet. A principios de 1990, con la creación del primer cliente, servidor y página web, World Wide Web (www), por parte del mismo grupo de investigadores encabezados por Tim Berners-Lee, que crearon el lenguaje html, se introdujeron nuevas prestaciones y herramientas para utilizar la red, que no se encontraban dirigidas únicamente a investigadores científicos, académicos o personal gubernamental. Desde 1990 se comenzó a construir un perfil diverso de internauta, el ciudadano común que accedía a internet desde una computadora.

⁶ Faliero, Johanna C. y Barocelli, Sergio S., “La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en Internet”, *La Ley* 2017-B, 275.

⁷ We are Social, “Digital 2019: Global Internet Use Accelerates”, 30/01/2019, en: <https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates> [Consultado el 10/04/2020]; Data Reportal, “Digital 2019: Global Digital Overview”, 31/01/2019, en: <https://datareportal.com/reports/digital-2019-global-digital-overview> [Consultado el 10/04/2020].

nua de música (*streaming*)⁸, el 58 % consume contenidos de televisión a través de descarga continua (*streaming*) y 30 % juega juegos en línea.⁹

En el caso de nuestro país, según datos del INDEC, 22,3 % de la población argentina no utiliza internet, porcentaje que se eleva, en la perspectiva geográfica, al 35,7 % en el Gran San Juan; 48,8 % a nivel nacional en el caso de población con nivel de formación primaria completa o al 58,5 % en el caso de la población nacional de 65 años o más.¹⁰ Según el último Estudio Anual de Comercio Electrónico 2018 de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico, en la Argentina, el 90 % de los adultos argentinos conectados ya han comprado en línea, lo que representa 18,3 millones de personas, mientras que el 92 % de las ventas totales se realizaron a través de tarjetas de crédito.¹¹

El comercio electrónico¹² presenta, frente a su versión física tradicional, una acumulación de características intrínsecas que lo hacen muy atractivo para el público consumidor. El comercio electrónico trasciende las barreras geográficas y temporales, tiene un alcance muy amplio, permite la estandarización y la explotación de economías de escala; también permite una mayor riqueza comunicacional, interactividad con el consumidor y una reducción correlativa de los costos de información y un aumento de la calidad informativa disponible.

⁸ Data Reportal, “Digital 2019: Q3 Global Digital Statshot”, 17/07/2019, en: <https://datareportal.com/reports/digital-2019-q3-global-digital-statshot> [Consultado 10/04/2020].

⁹ We are Social, “Content Streaming Activities”, 06/2019, en: <https://wearesocial-net.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/01/Screen-Shot-2019-01-30-at-12.07.46.png> [Consultado el 10/04/2020].

¹⁰ Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), Informes Técnicos, Vol. 3, N° 86. *Ciencia y Tecnología*, Vol. 3, N° 1, Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación, Cuarto trimestre de 2018, en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_19CF6C49F37A.pdf [Consultado el 10/04/2020].

¹¹ Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), “Estadísticas: Estudio Anual de Comercio Electrónico”, en: <https://www.cace.org.ar/estadisticas> [Consultado el 10/04/2020].

¹² Tambussi, Carlos E., “La relación entre los usuarios de plataformas de venta por Internet y el proveedor del servicio: El caso ‘Kosten’”, AR/DOC/3137/2018, 1; Clarens, Yanina, “Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección del consumidor”, DC1A80, 3.

Admite una mayor personalización y adaptación de los bienes y servicios comercializados¹³, presenta modelos novedosos de interacción social y genera una experiencia, en ocasiones, de mayor calidad para el consumidor, mediante el uso de tecnologías de procesamiento de datos que permiten reducir el perfil comercial del consumidor y optimización de su satisfacción.

No obstante, el comercio electrónico también tiene sus desventajas.¹⁴ Naturalmente, una gran parte del público consumidor tiene miedos e incertidumbres bien fundados en la conducción de sus transacciones por este medio, lo que está relacionado con los riesgos inherentes de su uso. Cuando se utilizan tecnologías, el uso que se haga de ellas debe ser seguro, de modo que el consumidor deba saber completamente cuáles son las condiciones normales para su uso, dominarlo, estar informado sobre cómo hacerlo correctamente y cuáles son los riesgos que su seguridad puede sufrir y qué mecanismos preventivos debe tomar.¹⁵

Por otra parte, el consumidor puede tener la percepción de que su confianza se encuentra comprometida. Mientras que, por una parte, el comercio electrónico permite un cierto grado de anonimidad, respecto de la sociedad y por la falta de publicidad de sus actos; por otra, encuentra reparos por la protección, privacidad y seguridad que merecen sus datos y el posible procesamiento que pueda hacer el proveedor de ellos, lo cual requiere un cumplimiento adecuado del proveedor de su deber de información¹⁶ y seguridad.

¹³ Morea, Adrián O., “La contratación electrónica como nueva modalidad negocial”, IJ-DXXXIV-621, 2.

¹⁴ Serra Cambaceres, Antonino, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, 0003/010378, 1; Molina Quiroga, Eduardo, “Aplicación de las normas de protección a consumidores en el comercio electrónico”, AR/DOC/10111/2012, 2-3.

¹⁵ Cf. Beltramo, Andrés N. y Faliero, Johanna C., “El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable”, en Barocelli, Sergio S. (Director), *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires, El Derecho, 2018, pp. 205 y sigs.

¹⁶ Piccinino Centeno, Roque A., “Comercio, contratos y globalización. La necesidad de la refundación del derecho en la era de la revolución digital”, IJ-DXXXIX-793, 9; Mac Donald, Andrea F., “El consumidor y las nuevas tendencias en el siglo XXI”, DC16A6, 3; Maggio, Lorena F., “Contratos electrónicos”, MJ-DOC-14922-AR | MJD14922, 5; Trivisonno, Julieta B., “Comercio electróni-

En términos generales, el consumidor percibe un grado de desprotección que los medios tradicionales y físicos de comercio directo no le inspiran, sumado a ello los conflictos normativos que enfrenta internet, la entronización de la costumbre comercial, la falacia de la anomia o autorregulación de este ámbito, y la multiplicidad de opiniones doctrinarias que abundan en el área en torno a la responsabilidad y protección eficiente del consumidor, hacen que este último se encuentre sumergido en un ámbito riesgoso plagado de inseguridad jurídica.¹⁷

Como puede observarse, los impactos son altamente significativos, por lo cual entendemos que merece una protección específica en el ámbito de las relaciones de consumo.

III. Las relaciones de consumo digitales

Corresponde ahora delimitar qué entendemos por relaciones de consumo en el entorno digital.

No contamos a nivel nacional con definiciones normativas al respecto. La Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, en su artículo 27, refiere solamente a los perfiles con fines comerciales o publicitarios (*profiling*).

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley N° 6.072 para la difusión del uso y aprovechamiento de las herramientas digitales define al entorno digital como “el conjunto de las herramientas digitales en el que los individuos desarrollan la comunicación, administran e intercambian información, contenido y actividades”, y a las herramientas digitales como “los canales, dispositivos, plataformas y herramientas telemáticas integradas que las personas y organizacio-

co en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: Información, responsabilidad, confianza y otras cuestiones”, AR/DOC/1398/2019, 2.

¹⁷ Cf. Faliero, Johanna C. y Barocelli, Sergio S., “La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en Internet”, *La Ley* 2017-B, 275; Palma, Sabrina, “Breve reseña sobre el comercio electrónico y el consumidor”, DC2378, 1; Trivisonno, Julieta B., “Comercio electrónico en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: Información, responsabilidad, confianza y otras cuestiones”, AR/DOC/1398/2019, 2.

nes pueden utilizar con el fin de comunicar, administrar e intercambiar información, contenidos y actividades”.

Se sostiene en la doctrina que con la denominación de comercio electrónico¹⁸ se distingue el vasto conjunto de actividades con finalidad mercantil que se desarrolla mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones sin que exista un contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda; la denominación cubre no solamente actos comerciales directos, como la compraventa o el alquiler, sino también acciones preparatorias o conexas como las de publicidad o mercadeo.¹⁹

En el Derecho Comparado, la Directiva Comunitaria Europea N° 1998/34 define en el apartado 2 del artículo 1° como servicios de la sociedad de la información a “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. Por su parte, la Directiva UE N° 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, define en su artículo 2° como “contenido digital”: “[...] los datos producidos y suministrados en formato digital”; “servicio digital”: “[...] un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”; “bienes con elementos digitales”: “[...] todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones”; “entorno digital”: “[...] el apartado (*hardware*), programa (*software*) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos”.

¹⁸ Katz, Flora M., “Comercio electrónico: garantías en esta forma de contratación”, *Microjuris*, MJ-DOC-4457-AR | MJD4457; Molina Quiroga, Eduardo, “Aplicación de las normas de protección a consumidores en el comercio electrónico”, AR/DOC/10111/2012, 2.

¹⁹ Arroyo, Emiliano, “La protección jurídica del consumidor en el comercio electrónico”, RU 2002-2, 38.

El artículo L. 111-7 del Código de Consumo francés establece:

“I. Un operador de plataforma en línea es cualquier persona física o jurídica que ofrezca, de manera profesional, de forma remunerada o no, un servicio de comunicación pública en línea basado en:

1º Clasificación o referencia, utilizando algoritmos informáticos, contenido, bienes o servicios ofrecidos o puestos en línea por terceros;

2º La reunión de varias partes para la venta de una propiedad, la provisión de un servicio o el intercambio de un contenido, un bien o un servicio.

II. Cualquier operador de plataforma en línea debe proporcionar al consumidor información justa, clara y transparente sobre:

1º Los términos y condiciones generales de uso del servicio de intermediación que ofrece y los procedimientos para hacer referencia, clasificar y desreferenciar el contenido, bienes o servicios a los que este servicio proporciona acceso;

2º La existencia de una relación contractual, un vínculo de capital o una remuneración para su beneficio, siempre que influyan en la clasificación o referencia de los contenidos, bienes o servicios ofrecidos o puestos en línea;

3º La calidad del anunciante y los derechos y obligaciones de las partes en materia civil y fiscal, cuando los consumidores se ponen en contacto con profesionales o no profesionales.

Un decreto especificará las condiciones de aplicación de este artículo teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad de los operadores de plataformas en línea.

Ese decreto especificará, además, para cualquier operador de plataforma en línea cuya actividad consiste en proporcionar información que permita comparar los precios y características de los bienes y servicios ofrecidos por profesionales, la información comunicada a los consumidores sobre los elementos de esta comparación y qué es la publicidad en el sentido del artículo 20 de la Ley N° 2004-575, del 21 de junio de 2004, sobre la confianza en la economía digital.

Ese decreto también establece las condiciones bajo las cuales, cuando los profesionales, vendedores o proveedores de servicios se ponen en contacto con los consumidores, el operador de la plataforma en línea les proporciona un espacio que les permite comunicar a los consumidores la información proporcionada en artículos L. 221-5 y L. 221-6”.

Entornos digitales, por tanto, son el conjunto de canales, plataformas y herramientas que disponen los proveedores de bienes y ser-

vicios para tener presencia en internet y desarrollar sus actividades, sean estos propios (páginas web, correos electrónicos, aplicaciones, tiendas en línea, *blogs*, *landig pages*, etc.) o de terceros (redes sociales, publicidad digital, *influencers*, contenidos virales, sistemas de reseña, *marketing* en motores de búsqueda, etc.).

Dicha relación de consumo en el entorno digital, como toda relación de consumo, tendrá dos polos: consumidores y proveedores.

IV. Hacia la caracterización del consumidor digital

Entendemos por “consumidor digital”, “consumidor electrónico”, “ciberconsumidor” o “e-consumidor” a aquel consumidor que adquiere o utiliza bienes o servicios a través de internet, siendo la prestación de carácter digital o no, o es destinatario de prácticas comerciales a través de internet.

Al respecto, corresponde señalar, aunque parezca una verdad de Perogrullo, que para que se emplace al sujeto como consumidor digital deberá cumplimentar los requisitos que la normativa emplaza a un sujeto como consumidor, de conformidad con los artículos 1º de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) y 1092, 1093 y 1096 del Código Civil y Comercial (CCC). Esto es, que los bienes o servicios que adquieren, utilizan o disfrutan, como consumidores directos o indirectos, sean para uso privado y como destinatario final. Cabe recordar que el concepto de destinatario final tiene un doble sentido: destino final fáctico (retiro de la cadena de producción) como económico (no adquirirlo para la reventa o uso profesional); por lo tanto, si el bien es un instrumento de producción su precio sería incluido en el precio final del proveedor que lo adquirió y, por tanto, no habría “destino final”.²⁰

²⁰ Cf. Marqués, Claudia L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6ª edición, San Pablo (Brasil), Revista dos Tribunais, 2011, p. 305; Tartuce, Flávio y Neves, Daniel A. A., *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª edición, San Pablo (Brasil), Editora Método, 2014, p. 76; Benjamin, Antonio H.; Marqués, Claudia L. y Miragem, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edición, San Pablo (Brasil), Revista do Tribunais, 2006, pp. 83 y sigs.; Fernández, Raymundo L.; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Tomo II-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 788.

También podrá comprender a sujetos expuestos a prácticas comerciales en el entorno digital.

Se inscriben aquí las operaciones que en el ámbito del comercio electrónico se denominan B2C (*business-to-consumer*), aunque también, como veremos luego, las llamadas operaciones C2C (*consumer-to-consumer*), quedando excluidas, por tanto, las operaciones B2B (*business-to-business*).

En consonancia con lo antes descrito, podemos comprender dentro de la noción de consumidor digital diferentes situaciones, pudiendo configurarse más de una de ellas o no, a saber:

1) Aquellos supuestos en los que la etapa “precontractual” se desarrolló en línea, pudiendo la relación de consumo perfeccionarse o no en línea. Aquí podemos observar diversos supuestos de prácticas comerciales en línea, como información en sitios y aplicaciones web, ofertas por correo electrónico de manera masiva (*spamming*) o personalizada, sistemas de “cuponera electrónica”, publicidad digital por redes sociales, reseñas o mediante la utilización de los llamados *influencers*²¹ y ventanas emergentes o *pop-ups*, entre otras;

2) Aquellas operaciones en las que el consentimiento contractual se perfecciona en línea, generalmente a través de una plataforma o aplicación, pudiendo el bien o servicio ser o no de contenido digital;

3) Aquellas operaciones en las que las prestaciones son bienes o servicios digitales: motores de búsqueda (Google, Yahoo), correo electrónico (Gmail, Yahoo, Outlook), antivirus, descarga de archivos, videollamadas (Skype), mensajería instantánea (WhatsApp), redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, LinkedIn), aplicaciones de cita en línea (Tinder, Happn, Grindr, Badoo), juegos en red, deportes electrónicos, servicios de “nube” y almacenamiento y trans-

²¹ Los *influencers* son personas influyentes en las redes sociales, celebridades, famosos o no, a los que determinadas marcas comerciales ofrecen productos, sumas de dinero u otras ventajas a cambio de que promocionen sus productos en redes sociales, participen de eventos, hagan mención de la marca, entre otros. Para ampliar sobre este punto, ver: Mcgrath, Mary Ann; Otnes, Cele, “Unacquainted influencers: When strangers interact in the retail setting”, *Journal of Business Research*, Volume 32, Issue 3, March 1.995, pp. 261-272, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/014829639400051F> [Consultado el 12/12/2017].

ferencia de archivos (iTunes, Dropbox, Google Drive), servicios de pago electrónicos o “billetera electrónica” (Mercado Pago), mapas y sistemas de posicionamiento global (GPS), banca hogareña, las llamadas “criptomonedas”²², contenidos audiovisuales (YouTube), descarga continua o *streaming* de música (Spotify) o de contenidos audiovisuales (Netflix) y un largo etcétera;

4) Aquellas operaciones en las que las prestaciones son bienes con contenido digital: *hardware* (computadoras, teléfonos móviles, *tablets*, etc.), la llamada “internet de las cosas” (relojes, heladeras, televisores, etc., “inteligentes”) o *software*;

5) Aquellas circunstancias del contrato, distintas de la prestación principal, que se desarrollan en línea, como consulta de información en línea, servicios de atención al cliente en línea, facturas y resúmenes digitales o la provisión de red *wifi* en establecimientos comerciales;

6) Aquellos contratos que proveen el servicio de acceso a internet o comunicaciones con acceso a internet (proveedores de cable, internet, telefonía fija o móvil, redes *wifi*, etc.);

7) Aquellos supuestos en los que la etapa “poscontractual” se desarrolló en línea, servicios de garantías, atención posventa, prácticas de cobranzas extrajudiciales de deudas a través de internet, tratamiento y bases de datos;

8) Aquellos supuestos en los que un sujeto está expuesto a prácticas comerciales ilícitas en línea, sin tener vinculación contractual con el proveedor; por ejemplo, vulneración de derechos personalísimos o de derechos de autor en redes sociales.

Dichas relaciones de consumo pueden ser en apariencia “onerosas” o “gratuitas”. La onerosidad está presente no solamente cuando el consumidor debe entregar al proveedor como contraprestación del bien o servicio un pago único en dinero o mediante prestaciones dinerarias periódicas, sino también cuando el consumidor debe ejecutar un dar o un hacer o un no hacer para obtener un bien o servicio: por ejemplo, entregar cupones, completar cupones, formularios o similares, participar de una encuesta o estudios de mercado, de una competencia, concurso o certamen, abstenerse de efectuar reclamos o divulgar información,

²² Faliero, Johanna C., *Criptomonedas. La nueva frontera regulatoria del derecho informático*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

y, fundamentalmente, otorgar o permitir el acceso a datos personales, cuestión altamente monetizable en el mercado.

Pero también los actos gratuitos estarán comprendidos como objeto de las relaciones de consumo, aunque con ciertas características, como detallaremos a continuación. La gratuidad clásicamente estaba asociada a un acto de beneficencia, es decir, de favorecer, apoyar, ayudar, auxiliar, conceder graciosamente a la otra parte del acto. Estos supuestos están excluidos del objeto de las relaciones de consumo y constituyen “relaciones de beneficencia”. En la “sociedad de consumo” los actos gratuitos de los proveedores no tienen esencialmente esa finalidad, sino que constituyen supuestos de prácticas comerciales que tienen por objeto promover o publicitar un bien o servicio o al proveedor, brindar ventajas o facilitar el consumo oneroso, “fidelizar” a los consumidores, mejora de la imagen corporativa del proveedor o cualquier otro acto que tenga como objeto u efecto fomentar, atraer, aumentar, conservar o mantener la demanda de bienes o servicios en el mercado a los consumidores.²³ Se trata, por tanto, de actos en los que existe una onerosidad de manera indirecta, detrás de la aparente gratuidad hay un acto de mercado, por lo que se aleja de la idea de gratuidad clásica. También se vislumbra esa onerosidad indirecta cuando el consumidor no debe erogar una contraprestación por la prestación de un servicio, pero el proveedor obtiene un provecho de un tercero (subsidio estatal, comercialización de espacios de publicidad, etc.). Esto puede observarse en las redes sociales y algunas plataformas de comercio electrónico.

V. En busca del proveedor

En relación con la perspectiva del proveedor, debemos tener presente las directrices de los artículos 2º LDC y 1093 CCC, por lo que todos los sujetos que intervienen en la cadena de valor quedarán comprendidos en dicha categoría.

En ocasiones, identificar quién o quiénes son los sujetos que actúan detrás de las plataformas o aplicaciones y qué rol desempeñan en las

²³ Cf. Santarelli, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor”, *La Ley*, 07/09/2009.

operaciones se vuelve confuso o poco transparente²⁴; en muchos casos, debiendo enfrentar a una suerte de “materos virtuales”, que, así como aparecen en la escena virtual, rápidamente se esfuman o resultan difíciles de localizar o individualizar.

En el ámbito digital podemos observar diferentes modelos de negocio. En el caso de las operaciones de comercio electrónico propiamente dichas podemos distinguir:

1) Proveedores que administran sus propias plataformas o aplicaciones móviles donde pueden realizarse operaciones de adquisición de sus bienes o servicios (supermercados, líneas aéreas, librerías, agencias de viaje, cines, teatros, empresas de venta de entradas para eventos y espectáculos, etc.) o con la forma de “subastas en línea” (en la Argentina, por ejemplo, para obtener un *upgrade* de cabina en determinadas aerolíneas), que tienen también su establecimiento comercial en sede física o funcionan exclusivamente como “tienda en línea” (caso *Amazon*, en sus orígenes; *Despegar*, etc.);

2) Proveedores que brindan servicios digitales que son gestionados por otros proveedores, ya sea porque forman parte del mismo grupo empresario o se establece una tercerización o “alianza de marca”, por ejemplo, respecto de la atención al cliente o el servicio de banca hogareña o billetera electrónica;

3) Proveedores que administran plataformas o aplicaciones móviles en las que diferentes sujetos pueden ofrecer y demandar diferentes bienes o servicios, con diferentes modelos de negocios, como los portales *eBay* o *Mercado Libre* o las denominadas “economías colaborativas” en los sectores transporte (*Uber* y *Cabify*), turismo (*Airbnb*, *Couchsurfing*) o reparto de comidas, compras o recados (*Rappi*, *Glovo*, *PedidosYa*, *Uber Eats*).

En este último caso, se perfila para los consumidores una relación, al menos, trilateral cuando no con más actores:

a) Una relación jurídica con la plataforma organizadora,

b) Una relación jurídica con quien provee el bien o servicio en términos materiales.

²⁴ Micklitz, Hans W., “Consumer Law in the Digital Economy”, en Kono, Toshiyuki; Hiscock, Mary; Reich, Arie (Eds.), *Transnational Commercial and Consumer Law Current Trends in International Business Law*, Singapur, Springer, 2018, pp. 118 y sigs.

El rol activo de organizador del titular de la plataforma puede perfilarse en las siguientes características:

- a) Es quien diseña el ámbito digital donde se van a desarrollar las operaciones;
- b) Tiene el control técnico del funcionamiento de la plataforma;
- c) Requiere para la utilización de la plataforma el registro de los usuarios;
- d) Establece las normas de uso de la plataforma, a través de los “términos y condiciones”;
- e) Determina las modalidades de pago, en el caso de oferta de bienes y servicios, disponiendo, en algunos casos, de sistemas de pago electrónicos propios, de su grupo empresario o a través de “alianzas de marca”;
- f) Establece el sistema de entrega de los bienes contratados;
- g) Fija y percibe comisiones de uso y, en algunos casos, como en el sector transporte, tarifas de uso del servicio;
- h) Diseña y gestiona sistema de calificación de usuarios o establecimientos;
- i) Puede imponer sanciones a los usuarios, incluso suspender en forma temporal o definitivamente sus cuentas.

De los aspectos descritos podemos colegir que dichos organizadores son propiamente proveedores en los términos de los artículos 2º LDC y 1093 CCC. Es más, muchas veces, frente a otros sujetos que intervienen en la cadena de comercialización, el organizador detenta una posición dominante que lo coloca en una situación de concentración vertical.

Respecto de los sujetos que brindan la prestación de bienes y servicios a través de plataformas digitales controladas por un organizador, sin duda que frente a los consumidores de estos son proveedores, ejerzan esa actividad de manera profesional u ocasional.

Tradicionalmente el concepto de proveedor está asociado a la idea de actuación profesional en el mercado. Respecto del requisito de profesionalidad, se mencionan como elementos determinantes el desarrollo habitual de una actividad, la necesidad de habilitación para el ejercicio de la actividad, la presunción de onerosidad, la existencia de cierto *expertise* científico, técnico y/o práctico, entre otros.²⁵

²⁵ Co. Santarelli, Fulvio G., “Comentario al art. 2º”, en Picasso, Sebastián; Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 29 y sigs. En análogo

Entendemos que constituyen algunas de sus notas distintivas las siguientes:

a) Debe mediar una vocación de oferta a persona indeterminada; es decir, una perspectiva de “clientela” destinada a captar y mantener a varios adquirentes de una clase o segmento por reducido o selecto que este sea²⁶;

b) Debe procurarse la obtención de un provecho, beneficio o utilidad (directa o indirecta) en el desarrollo de la actividad de mercado. La naturaleza económica de la actividad se vislumbra por el hecho de que el proveedor se desenvuelve buscando una ventaja económica, generalmente una contraprestación pecuniaria o remuneración.²⁷ El “acto de mercado” debe contribuir al sustento o sostenimiento del sujeto proveedor, circunstancia que no implica necesariamente la persecución de renta o rentabilidad, en el sentido económico de la obtención de ganancias o resultados positivos del proceso productivo;

c) Debe también estarse a la arista organizacional del proveedor de bienes y servicios, en tanto, la realización organizada de una actividad de producción, distribución y/o comercialización de bienes y servicios²⁸, con la forma de “empresa” o “establecimiento”²⁹; de conformidad con las previsiones del artículo 320 CCC;

d) La profesionalidad se distingue por el agregado de valor dirigido a satisfacer una necesidad de consumo, en el sentido de adicionar al bien o servicio alguna cualidad intrínseca (diseño, utilidad, etc.), o bien, participando en la cadena de comercialización; así, en las transacciones entre profesionales, lo ofrecido adquiere carácter de bien de cambio, o

sentido: Lowenrosen, Flavio, *Derecho del consumidor*, T. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2008, p. 44.

²⁶ Santarelli, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor”, *LL* 2009-E, 1055.

²⁷ Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo”, en Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 631.

²⁸ Santarelli, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor”, *LL* 2009-E, 1055.

²⁹ Cf. Favier Dubois, Eduardo M., “La empresa en el nuevo derecho comercial. Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales”, *LL* 2015-F, 1122.

de insumo. Siguiendo con estas generalizaciones, la adquisición por el consumidor final tiene carácter de bien de uso³⁰;

e) El conocimiento del negocio³¹, cuyas características son esencialmente dominadas, utilizándose ese saber como medio de vida³², una relevante capacidad y aplicación para lograr óptimos resultados³³, un grado de saber u oficio que configura la superioridad sobre la otra parte, a la hora del contrato³⁴; es decir, alguien que se especializa en la realización o el ejercicio de una actividad determinada, la que es insertada en el mercado de consumo.³⁵

Toda empresa, por tanto, reviste el carácter de proveedor, sea un microemprendimiento, una pequeña o mediana empresa o una gran empresa³⁶, nacional o transnacional, sea una compañía emergente (*startup*) o con años de experiencia en el mercado, sea un empresario individual o constituido como persona jurídica.

Pero también será proveedor el sujeto que provee bienes o servicios de manera ocasional. Esta es una realidad cada vez más creciente en el entorno digital, en la que los bienes o servicios son ofertados en redes sociales o en plataformas por sujetos que no reúnen las características de un proveedor profesional.

El artículo 1903 CCC, al definir el contrato de consumo, lo caracteriza como “el celebrado entre un consumidor o usuario final con una

³⁰ Santarelli, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor”, *LL* 2009-E, 1055.

³¹ Cf. Zentner, Diego H., *Contrato de consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 79; Rossi, Jorge O., “Derecho del Consumidor: ámbito de aplicación, documento de venta y garantía legal a la luz de la reforma de la Ley N° 26.361”, en Ariza, Ariel (Coordinador), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por la Ley N° 26.361*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 25.

³² Miragem, Bruno, *Curso de Direito do Consumidor*, 3ª edición, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 136.

³³ Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 84.

³⁴ Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo”, en Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 628 y sigs.

³⁵ Rusconi, Dante D. (Coordinador), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 179.

³⁶ Cf. Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto del consumidor comentado*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 136.

persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente”. La inclusión dentro del concepto de proveedor de los sujetos que desarrollan actos de mercado de manera ocasional es una nota distintiva del Derecho argentino, compartida también por la legislación de República Dominicana.³⁷ Por el contrario, la mayoría de las legislaciones iberoamericanas, y a nivel comparado, en general, exigen expresamente el requisito de la “profesionalidad”, “periodicidad” o “habitualidad” en la actividad desplegada por el proveedor.

Entendemos al proveedor ocasional como aquel que no reúne los requisitos antes mencionados para configurarse como consumidor profesional.

Se trata de supuestos en que:

a) Desarrolla la actividad como algo esporádico, eventual, circunstancial o por contingencia, incluso por única vez;

b) Por carecer de una organización empresarial, comprendiendo lo que alguna doctrina denomina “cuasiempresario”, esto es, la persona humana que realiza una actividad económica sin ser empresario ni llegar a configurar una empresa³⁸ o hacer de ello su profesión habitual³⁹;

c) Porque no se vislumbra un “conocimiento del negocio”;

d) Porque la negociación con el destinatario del bien o servicio se realiza sin desigualdad negocial; esto es, se configura como un contrato paritario;

e) Porque no media oferta a persona indeterminada.

No nos parece justo ni la solución más protectoria pesar sobre el consumidor los costos o riesgos de estar tratando como proveedor con un sujeto especializado o con un aventurero o improvisado. No creemos en la existencia, al menos en el Derecho argentino, de tales contratos “entre consumidores” (C2C, *consumers to consumers*, en la terminología anglosajona).

³⁷ Ley N° 358-05, “Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario”, art. 3° inc. I.

³⁸ Cf. Favier Dubois, Eduardo M., “La ‘empresa’ y el ‘establecimiento’ en el nuevo Código Civil y Comercial”, en <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-empresa-y-el-establecimiento-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/> [Consultado el 25/03/2017]; Favier Dubois, Eduardo M. (h.), “La derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: apariencia y realidad”, *LL* 2015-A, 1104 - Enfoques 2015 (enero), 23/01/2015, 105 – *ADLA* 2015-3, 209; *La Ley online* AR/DOC.4654/2014.

³⁹ Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 84.

La cuestión tiene su impacto, en particular, en las cuestiones vinculadas al comercio electrónico, con la emergencia de la llamada “economía colaborativa” (*sharing economy*, en inglés) o “consumo colaborativo”.

También puede argumentarse que muchos oferentes ocasionales se valen, para dicha operación, de la intermediación de proveedores profesionales: corredores, plataformas de comercio electrónico, entre otras; lo que lo tiñe como un acto de consumo típico y profesional, resultando absurdo para el consumidor diferenciar dentro de la cadena de comercialización entre sujetos profesionales y sujetos no profesionales.

VI. Sobre la hipervulnerabilidad de los consumidores digitales

Desde el Derecho del Consumidor partimos de la premisa de reconocer la vulnerabilidad estructural de todos consumidores en el mercado. Sin embargo, algunos consumidores son más vulnerables que otros y sufren con mayor agudeza los embates de la “sociedad de consumo”. Son aquellos consumidores a los que, a la vulnerabilidad estructural, *in abstracto*, de ser consumidores se les suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias. Son los que denominamos “consumidores hipervulnerables”.

Entendemos que el consumidor digital, en todos los casos, es un consumidor hipervulnerable. Son coincidentes varias opiniones autorales que entienden al consumidor electrónico como un consumidor hipervulnerable, en virtud del hecho técnico insuperable y predeterminado por el proveedor. Esto porque, en el comercio electrónico, existe una vulnerabilidad extrínseca relacionada con la fragilidad técnica del consumidor, que se manifiesta como una circunstancia desfavorable que hace que los consumidores sean aún más susceptibles de daños perdurables, privados de la capacidad de decidir lo que es mejor para ellos, debido a la conducta no personalizada y no dialogada que caracteriza el comercio electrónico.⁴⁰

⁴⁰ Cf. Vieira, Luciane K., *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La

Algunas de las facetas de esta hipervulnerabilidad son las siguientes:

1) *Antinaturalidad del hecho tecnológico*. Resulta muy diferente adquirir un bien o servicio en un entorno que por nuestra naturaleza de seres físicos no nos es intuitivo que hacerlo personalmente, con la posibilidad de tener contacto directo –a través de todos nuestros sentidos– con dicho bien o servicio, y, por lo tanto, tomar una decisión a través de un medio que nos es natural⁴¹;

2) *Imposibilidad de cumplir con la obligación de información*. El consumidor electrónico jamás podrá detentar –a excepción que fuere su área profesional– un dominio efectivo sobre el medio relacional⁴²;

3) *Potencialidad de daños irreparables*. Al ser un medio altamente replicable, las consecuencias dañosas pueden tornarse incontenibles y reproducirse indefinidamente: productos piratas, portales de internet simulando ser marcas reconocidas (*cybersquatting*), fallas de comunicación y seguridad, actuación de *hackers*, robos de identidad o información confidencial como nombres de usuario, contraseñas y detalles de tarjetas de crédito (*phishing*), abusos de confianza, vulneración de derechos de autor, industriales o personalísimos, como la intimidad, identidad o imagen, entre otras.

Creemos, por consiguiente, que lo desarrollado a través de internet constituye una actividad riesgosa. Recordemos que una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realice, genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas, constituyendo la empresa uno

Ley, 2017; Faliero, Johanna C., “El derecho a la información en el Derecho del Consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial. Autodeterminación informativa de los usuarios y su régimen tuitivo”, en Barocelli, Sergio S., *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, Buenos Aires, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, 2016, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/barocelli-impactos-del-nuevo-Codigo-civil-y-comercial-en-el-derecho-del-consumidor.pdf> [Consultado el 17/05/2017].

⁴¹ Cf. Beltramo, Andrés N. y Faliero, Johanna C., “El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable”, en Barocelli, Sergio S. (Director), *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires, El Derecho, 2018, pp. 205 y sigs.

⁴² Cf. ídem.

de los ámbitos de actividad riesgosa, en el sentido de que organiza capital y trabajo como factores de producción y con fines lucrativos.⁴³

A esta hipervulnerabilidad común a todos los consumidores digitales, cabe agregarle algunas situaciones de especial hipervulnerabilidad. Recordemos que a esta la caracterizamos por un aspecto dinámico, relacional y contextual y debería ser pensada mediante la idea de capas. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría; puede haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse.⁴⁴

En el caso de los consumidores digitales podemos observar viejas y nuevas vulnerabilidades potenciadas e interseccionadas. A las vulnerabilidades estructurales “clásicas” vinculadas a la pobreza y la exclusión social, la edad, el género, lo étnico-racial, la ruralidad, la discapacidad, se les adicionan las situaciones propias de la “brecha digital”.

Aquí podemos distinguir a los llamados “analfabetos digitales”, totales o funcionales nativos digitales; los “migrantes digitales” y los “nativos digitales”. Un primer criterio para delimitar la frontera entre cada uno de estos grupos es, naturalmente, la edad. Así, a grandes rasgos, los nativos digitales son personas que nacieron a partir de 1995. Se les considera migrantes porque si bien han sido testigos del vertiginoso desarrollo de las TIC y de su impacto en la vida diaria y profesional en años recientes, la educación y formación de estas personas se desarrolló con métodos más “tradicionales”. Los analfabetos digitales, a grandes rasgos, tienen 65 o más años; se apoyan en los migrantes digitales o en los nativos digitales para ello. Ciertamente hay excepciones en los patrones de conducta ante las TIC, en los grupos de edades anteriormente referidos.⁴⁵ También cabe agregar las dificultades de acceso a internet en ciertos territorios.

⁴³ Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, contractual y extracontractual*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 161 y sigs.

⁴⁴ Cf. Luna, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, *JA* 2008-IV-1116.

⁴⁵ Rosas, María C., “El analfabetismo digital”, 14/08/2012, <https://www.alainet.org/es/active/57191> [Consultado el 10/04/2020].

VII. La protección de los consumidores digitales en el Derecho argentino

Existen diversas normas directas o indirectas que regulan dicha actividad. Entre las normas directas podemos mencionar las siguientes.

A. *Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor*

Las Directrices de Naciones Unidas de Protección del Consumidor de 1985, reformadas en 1999 y 2015, son un conjunto internacionalmente reconocido de objetivos básicos, preparados especialmente para que los gobiernos de los países en desarrollo y los países de reciente independencia las utilicen para la estructuración y el fortalecimiento de políticas y leyes de protección del consumidor.⁴⁶ Si bien dichas directivas no tienen fuerza vinculante para los Estados, podemos sostener que constituyen un sustento destacado en la costumbre internacional en la materia y forman parte del llamado *soft law*.

Las Directrices, en materia de protección del consumidor electrónico, establecen:

a) Los consumidores que recurran al comercio electrónico deben tener un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio (arts. 5º, inc. j y 63).

Este principio es la regla más importante. En efecto, en el comercio cara a cara, los consumidores merecen la protección del Derecho y de las autoridades públicas en función de la vulnerabilidad estructural de la que adolecen por los embates de la sociedad de consumo. En función de ello se los empoderan de una serie de derechos, reconocidos por el artículo 42 CN y reglamentados por diversas normas dictadas por las autoridades nacionales y locales⁴⁷; asimismo, todos aquellos sujetos que intervienen en la cadena de comercialización, constituyendo la

⁴⁶ Informe del Secretario General a la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de la ONU, 19 de febrero de 1998.

⁴⁷ Humphreys, Ethel y Tanzi, Silvia Y., “El consumidor en el marco de la globalización”, AR/DOC/3802/2007, 2.

dimensión vertical de la relación de consumo, en función de los diversos contratos conexos desarrollados desde el rol de proveedor, se encuentran obligados al cumplimiento de esos derechos y deben responder de manera concurrente frente al consumidor. Por consiguiente, esas mismas reglas deben aplicarse en el ámbito de las relaciones de consumo digitales.

b) Se debe fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico (art. 63).

La protección de la confianza es uno de los ejes centrales de la protección de los consumidores electrónicos, a la cual nos referiremos en el siguiente apartado.

c) Se debe garantizar que los consumidores estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital (art. 64).

El derecho a la información reviste una vital importancia, por la especial vulnerabilidad de los consumidores en la contratación electrónica y deberá conjugarse con las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional, el artículo 4º de la LDC, el artículo 1110 del Código Civil y Comercial y las previsiones constitucionales locales, en cuanto establecen que la información deberá ser adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, comprensible, transparente y oportuna.

d) Se sugiere a los Estados adoptar los criterios de las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

Estas Directrices establecen: a los consumidores que participen en el comercio electrónico debe otorgárseles una protección transparente y efectiva que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio; se deben respetar los intereses de los consumidores y actuar de acuerdo con prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia; las empresas no deben realizar ninguna declaración, incurrir en alguna omisión, o comprometerse en alguna práctica que resulte falsa, engañosa, fraudulenta o desleal; las empresas dedicadas a la venta, promoción o comercialización de bienes o servicios no deben llevar a cabo prácticas comerciales que pudieran provocar riesgos irracionales en perjuicio de los consumidores; siempre que las empresas publiquen información sobre ellas mismas o sobre los bienes o servicios que ofrecen, deben presentarla de manera clara, visible, precisa y fácilmente accesible y deben cumplir con cualquier declaración que hagan respecto a sus políticas y prácticas relacionadas con sus transacciones con consumidores;

las empresas no deben aprovecharse de las características especiales del comercio electrónico para ocultar su verdadera identidad o ubicación, o para evadir el cumplimiento de las normas de protección al consumidor o los mecanismos de aplicación de dichas normas; las empresas no deben utilizar términos contractuales desleales; la publicidad y la mercadotecnia deben ser claramente identificables como tales; la publicidad y la mercadotecnia deben identificar a la empresa en cuyo nombre se realizan; cuando no se cumpla este requisito, se consideran engañosas; las empresas deben tener la capacidad de comprobar cualquier afirmación expresa o implícita, durante todo el tiempo en que esta sea hecha, y mantener esta capacidad durante un tiempo razonable, una vez concluida dicha declaración; las empresas deben desarrollar e implementar procedimientos efectivos y fáciles de usar, que permitan a los consumidores manifestar su decisión de recibir o rehusar mensajes comerciales no solicitados por medio del correo electrónico y respetar la decisión de los consumidores de no recibir mensajes comerciales; los empresarios deben tener especial cuidado con la publicidad o mercadotecnia dirigida a los niños, ancianos, enfermos graves, y a otros grupos que probablemente no tengan la capacidad para comprender cabalmente la información que se les presenta; cuestiones sobre la información de la empresa, sobre los bienes o servicios ofrecidos, sobre los términos, condiciones y costos asociados con la operación, en especial cuando sea aplicable y adecuado, dependiendo del tipo de transacción; medios de detección de errores y de conservación de un registro completo y preciso de la transacción; los empresarios deben proporcionar a los consumidores mecanismos de pago seguros y fáciles de usar e información sobre el nivel de seguridad que brinden tales mecanismos y delimitar la responsabilidad por el uso no autorizado o fraudulento de los sistemas de pago y los mecanismos de reembolso en tarjetas de crédito (*chargebacks*); se debe proporcionar a los consumidores un fácil acceso a mecanismos alternativos para un justo y oportuno proceso de resarcimiento y resolución de disputas sin costos o cargos onerosos y que las empresas y los representantes de los consumidores deben establecer de manera continua mecanismos internos imparciales, efectivos y transparentes para atender y responder las quejas y dificultades de los consumidores, en una forma equitativa y oportuna y sin costos o cargos indebidos para los consumidores.

B. Normativa Mercosur

La Resolución N° 21/2004 del Grupo Mercado Común del Mercosur sobre comercio electrónico a través de internet. También en el ámbito del Mercosur existen regulaciones al respecto, que fueron incorporadas al ordenamiento jurídico nacional mediante la Resolución N° 104/2005 de la ex Secretaría de Coordinación Técnica.

Dicha norma establece, en líneas generales, la tutela del derecho-obligación de información, los medios técnicos para identificar y corregir errores de introducción de datos antes de efectuar la transacción y la regla del “doble clic” en materia de consentimiento.

La Resolución N° 37/2019 del Grupo Mercado Común del Mercosur de protección al consumidor en el comercio electrónico, aplicable a los proveedores radicados o establecidos en alguno de los Estados Partes o que operen comercialmente bajo alguno de sus dominios de internet, establece que en el comercio electrónico debe garantizarse a los consumidores, durante todo el proceso de la transacción, el derecho a información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor, el producto y/o servicio y la transacción realizada (art. 1°). Al respecto se detalla la información que deberá estar presente en los sitios web y demás medios electrónicos del proveedor, en ubicación de fácil visualización y previo a la formalización del contrato (art. 2°), así como los términos de la contratación, asegurando que aquellos puedan ser leídos, guardados y almacenados por el consumidor de manera inalterable. Se establecen también reglas sobre la redacción de los contratos (art. 4°), la posibilidad de medios técnicos para conocimiento y corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción (art. 5°), la posibilidad del ejercicio del derecho de arrepentimiento o retracto en los plazos que establezca la normativa aplicable (art. 6°) y la obligación del proveedor de proporcionar un servicio eficiente de atención de consultas y reclamos de los consumidores (art. 7°). Se establece también que los Estados Partes propiciarán que los proveedores adopten mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo, a fin de que los consumidores puedan obtener satisfacción a sus reclamos, considerándose especialmente los casos de reclamación por parte de consumidores en situación vulnerable y de desventaja (art. 8°) y que en las actividades relacionadas con el comercio electrónico transfronterizo las agencias de protección al consumidor u otros organismos competentes de los

Estados Partes procurarán cooperar entre sí para la adecuada protección de los consumidores (art. 9º).

C. Ley de Defensa del Consumidor

La Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) también posee normas específicas relativas a los contratos, sin perjuicio de las normas generales que resultan aplicables a las relaciones de consumo, incluidas las relativas a responsabilidad por daños. Ellas son:

- a) Paralelismo de las formas en materia de rescisión, respecto de los contratos celebrados por medios electrónicos (art. 10 ter.);
- b) Instrumentación por escrito, informando derecho de arrepentimiento (art. 34);
- c) Derecho de arrepentimiento (art. 34).

Es cierto que no hay normas específicas sobre responsabilidad. Pero no es cierto que no haya normas aplicables. Les resultan aplicables, como decíamos anteriormente, las normas generales en obligación de seguridad (arts. 5º y 6º LDC), materia de incumplimiento (art. 10 bis LDC) y la responsabilidad objetiva y concurrente riesgo o vicio de la cosa o servicio (art. 40 LDC). El fallo deja traslucir la necesidad de normas específicas que se aparten de estos criterios; a nuestro modo de ver ellas no son necesarias.

D. Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial también establece prescripciones directas e indirectas relativas a los contratos electrónicos.

En las prescripciones directas podemos mencionar:

- a) Instrumentación por escrito, con cláusulas comprensibles y auto-suficientes y redacción clara, completa y fácilmente legible y prohibición de reenvíos (art. 985);
- b) Obligación del proveedor de informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (art. 1107);

c) Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación (art. 1108);

d) Regulación del lugar de cumplimiento y prohibición de la cláusula de prórroga de jurisdicción (art. 1109);

e) Derecho de arrepentimiento (arts. 1110 a 1116).

Entre las normas indirectas, destacamos las reglas en materia de Derecho Internacional Privado, que resultan de vital importancia para las relaciones de consumo digitales transfronterizas:

a) En materia de jurisdicción, el artículo 2654 dispone que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato y que también son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando estas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. En el caso de que el consumidor sea demandado, se establece que la acción solo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. Se agrega, también, para estos supuestos el acuerdo de elección de foro;

b) En materia de Derecho aplicable, el artículo 2655 establece que los contratos de consumo se rigen por el Derecho del Estado del domicilio del consumidor si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; o si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el Derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el Derecho del lugar de celebración.

E. Reglamentaciones

En el año 2020 se han dictado varias reglamentaciones que han complementado el panorama normativo antes descrito. Podemos mencionar aquí:

a) La Resolución N° 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, por la cual se incorpora al ordenamiento jurídico nacional la ya referida Resolución N° 37 de fecha 15 de julio de 2019 del Mercosur, relativa a la protección al consumidor en el comercio electrónico;

b) La Resolución N° 271/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, mediante la cual se implementó la prescripción del artículo 38 de la Ley N° 24.240, por la cual los proveedores deben publicar todos los ejemplares de los contratos de adhesión, así como toda otra condición general y particular de adhesión predispuesta, mediante las que se instrumenten derechos y obligaciones vigentes con sus consumidores y/o usuarios, y también las dirigidas a potenciales consumidores indeterminados en la página de inicio de los sitios de internet institucionales, discriminados según las variantes del producto y/o servicio en cuestión, como también informarse las promociones y bonificaciones ofrecidas, con indicación precisa de las fechas de comienzo y de finalización, así como sus modalidades, condiciones y limitaciones. Dicha norma también reformó la Resolución N° 316/2018 de la ex Secretaría de Comercio, extendiendo la herramienta del “Botón de Baja” no solo a los Servicios de Telefonía Fija, Telefonía Móvil, Acceso a internet, Radiodifusión por suscripción y Medicina Prepaga, sino también a servicios de Suscripción a Diarios o Revistas en soporte papel o digital, Servicios de Suscripción a Bases de Datos, Servicios de Asistencia al Viajero, Servicios de Emergencias Médicas y/o Traslados Sanitarios de Personas, Servicios de Suscripción a Clubes y/o Gimnasios, Contrato de Emisión de Tarjetas de Crédito por Emisores No Bancarios y suscripción a Donaciones Periódicas con Débito Automático a Asociaciones Civiles. Se establece también que el proveedor no podrá requerir al consumidor registración previa ni ningún otro trámite para el ejercicio del derecho de extinción reconocido en el artículo 10 ter de la Ley N° 24.240;

c) La Resolución N° 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, por la cual se estableció 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 artículos 34 de la Ley N° 24.240 y 1110 del Código Civil y Comercial de la Nación, y que a partir de la solicitud de revocación de la aceptación, el proveedor dentro de las 24 horas, y por el mismo medio, deberá informar al consumidor el número de código de identificación de arrepentimiento o revocación.

VIII. Reglas en materia de responsabilidad por daños

Si tenemos presente que en el entorno digital los consumidores deben tener un grado de protección al menos equivalente al comercio cara a cara y que en las relaciones de consumo digital la vulnerabilidad del consumidor se ve acentuada, concluimos que las mismas normas, principios e instituciones del Derecho del Consumidor cara a cara se aplican a las relaciones de consumo digitales, sin necesidad de reglas especiales.

Al respecto, entendemos que podemos distinguir diferentes situaciones:

1) *Función preventiva*. De conformidad con el artículo 1711, la acción preventiva resulta la herramienta adecuada para evitar o cesar conductas dañosas en el entorno digital. En análogo sentido, la acción de cesación publicitaria prevista en el artículo 1102 CCC.

2) *Incumplimientos de obligaciones contractuales o de fuente legal por parte de los proveedores*. En cuanto al incumplimiento –por ejemplo, falta de entrega de productos, prestación de servicios deficiente, incumplimiento del trato digno y equitativo, de la obligación de seguridad o de informar, entre otros–, el artículo 10 bis de la LDC dispone que ante el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;

b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;

c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Así, por ejemplo, al responsabilizar a la plataforma de comercialización ante la negativa de brindar información sobre el vendedor que

no entregó el producto⁴⁸, o por el incumplimiento de la obligación de seguridad y trato digno al momento de retirar entradas de espectáculo deportivo compradas en línea⁴⁹, o de la obligación de informar.⁵⁰

3) *Daños en las cosas*. En estos supuestos resultan de aplicación las reglas en materia de garantías; los artículos 11 a 18 de la LDC regulan la materia en el caso de cosas muebles no consumibles, en tanto que los artículos 23 y 24 hacen lo propio en materia de servicios.

4) *Daños por la cosa o el servicio*. En estos casos resulta aplicable la disposición del artículo 40 de la LDC. Dicha norma establece: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Se establece, así, un factor de atribución objetivo y una responsabilidad concurrente de toda la cadena de comercialización. En efecto, el artículo 40 impone una legitimación pasiva amplia entre todos los componentes de la cadena de comercialización, por ejemplo, la intermediación virtual.

El factor de atribución objetivo de la responsabilidad puede fundamentarse también en la confianza y en entender a internet como una actividad riesgosa.

⁴⁸ CCAYT CABA, Sala I, 11/06/2018, “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor”, *Juristeca* ID sumario: 59652.

⁴⁹ Cam. Fed. Córdoba, Sala A, 23/05/2018, “Alfonso, Francisco D. c/ Ticketek y Otro s/ Daños y Perjuicios”, IJ-DXXXVI-89. Sumario.

⁵⁰ CCAYT CABA, Sala III, 31/10/2018, “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, Expte. N° EXP1094/2017-O.

Respecto del factor confianza, algunos fallos lo han encuadrado de esa manera⁵¹; otros lo han encuadrado en el riesgo de actividad.⁵² Otros casos han negado la responsabilidad de la plataforma en situaciones en que esta no tenía un rol activo en la operación, sino que simplemente publicitaban anuncios.⁵³

5) *Daños punitivos*.⁵⁴ Los daños punitivos, regulados en el artículo 52 bis de la LDC, por su rol preventivo, disuasivo, ejemplificador y sancionatorio, juegan un rol fundamental para desalentar y dismantelar prácticas en grave desprecio de los derechos de los consumidores en el entorno digital.

También resulta interesante la aplicación de otros institutos, como:

1) *Conexidad contractual*. El instituto de la conexidad contractual es de gran relevancia en las relaciones de consumo digitales. Como relatábamos anteriormente, en las operaciones en línea puede conjugarse la actuación de diferentes actores, con diferentes vínculos entre sí y el consumidor digital (organizadores de plataformas, proveedores de bienes de servicios, de sistemas de pago, de entrega, de calificaciones, etc.). Por aplicación de las reglas de los artículos 1073 a 1075 y 1122 y concordantes del CCC, se aplicarán las reglas de interpretación intercontractual y efecto intercontractual en relación con el incumplimiento, la ineficacia o la extinción del contrato, con expansión de ese efecto al resto de los vínculos.

2) *Cláusulas abusivas*. El control de contenido de las cláusulas abusivas es otra cuestión de vital interés en las relaciones de consumo digitales.⁵⁵

⁵¹ Cámara Civil y Comercial N° III, Jujuy, 15/09/2016, “Ferriero, Pablo A. c/ Mercado Libre S.R.L. s/ acción emergente de la ley del consumidor”, LL 16/12/2016, AR/JUR/67450/2016.

⁵² Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, *in re* “Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios”, del 05/10/2012, RCyS 2013-VI, 62.C. 4° Civ. Com. Córdoba, “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial”, del 29/12/2016, LL 2017-A, 588.

⁵³ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario”, del 22/03/2018, LL 2018-C, 179; Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, “Gómez Maciel, Francisco José c/ DRIDCO SA s/ ordinario”, del 07/03/2017, LL 2017-C, 415.

⁵⁴ Bielli, Gastón E. y Ordóñez, Carlos J., “Los consumidores y la contratación electrónica en el entramado normativo argentino”, AR/DOC/2258/2019, 10.

⁵⁵ Molina Quiroga, Eduardo, “Aplicación de las normas de protección a consu-

Algunas de las más comunes serán las relativas a autorización de uso de datos personales, prórroga de jurisdicción, eximición o limitación de la responsabilidad de alguno de los sujetos o renuncia de derechos de los consumidores, de conformidad con los artículos 37 LDC, 988, 1109 y concordantes del CCC.

Así lo estableció la jurisprudencia en materia prórroga de jurisdicción⁵⁶, aun en casos transfronterizos⁵⁷ o respecto de la ausencia de información del derecho de arrepentimiento.⁵⁸

IX. La regulación en los proyectos de Código de Defensa del Consumidor

En la actualidad, en el Derecho del Consumidor argentino soplan vientos de reforma.

Dicho proceso tuvo una serie de hitos:

a) El 6 de diciembre de 2018, una comisión de juristas integrada principalmente por profesores especialistas en la materia presentó el texto de un Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Dicho

midores en el comercio electrónico”, AR/DOC/10111/2012, 5; Molina Quiroga, Eduardo; Brizzio, Claudia y Bekerman, Jorge, M., “Contratos: El consentimiento en los medios informáticos”, AR/DOC/6251/2011, 9; Dorado, John G., “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino”, *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 2016, 14; Ottati Paz, Juan M., “Actualidad y preocupación sobre las relaciones de consumo en el mercado electrónico”, MJ-DOC-13804-AR | MJD13804; Lorenzetti, Ricardo L., “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, AR/DOC/6223/2001, 5.

⁵⁶ Cámara en lo Civil y Comercial - Mar del Plata, 06/12/2017, “Spektor, Verónica Viviana y otro/a c/ Rincón Club de los Andes s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)” - AAA54E.

⁵⁷ Cámara Nacional en lo Comercial, 10/08/2017, “Pérez Morales, Gonzalo M. c/ Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ ordinario”, LL2017-E, 335; Cámara en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 19/05/2019, “Agromayor, Denise y otro c/ American Airlines Inc. y otro s/ incumplimiento de contrato”, Expte. N° 4761/2017/CA1.

⁵⁸ CCAyT, CABA, Sala II, 22/12/2016, “Lan Airlines S.A. y otros c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, del 13/11/2018, Expte. N° EXP774411/2016-0; CCAyT Federal, Sala IV, “Lan Airlines S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley N° 24.240”, *La Ley online* AR/JUR/67027/2015.

Anteproyecto, que consta de 184 artículos, es una reforma integral que pretende reemplazar a la actualmente vigente Ley N° 24.240;

b) Tras la presentación del Anteproyecto se desarrollaron audiencias públicas y se sometió el texto a un proceso de consultas. De dicho proceso surgió un segundo texto, el Proyecto 2576-S-19, presentado en el Senado por senadores de diferentes bancadas (Proyecto suscripto por los senadores Olga I. Brizuela y Doria, Dalmacio E. Mera, María B. Tapia, Pamela F. Verasay, Julio C. Martínez, Julio C. Cobos, Mario R. Fiad, Silvia B. Elías de Pérez, Laura E. Rodríguez Machado, Alfredo L. De Angeli y Gladys E. González).

En esa cámara se realizaron audiencias en las que participaron diferentes especialistas, que presentaron sus opiniones y comentarios al texto del Proyecto. De dichas audiencias surgió la necesidad de que el texto adquiriera la condición de “Código de Defensa del Consumidor”, circulando un texto en ese sentido, aunque sin llegar a emitirse dictamen;

c) Actualmente, el debate se centra en la Cámara de Diputados en torno a dos Proyectos: uno de diputados de la oposición, llamado “Código de Defensa del Consumidor” (3143-D-2020) (Proyecto suscripto por los diputados Alfredo Cornejo, Diego Mestre, Gabriela Lena, Alejandro Cacace, Albor Ángel Cantard, Ezequiel Fernández Langan y Jimena Latorre), y otro de la bancada oficialista, con el aval de la autoridad nacional de aplicación, denominado “Código de Defensa de las y los Consumidores” (Proyecto 5156-D-2020) (Proyecto suscripto por los diputados María Liliana Schwindt, Lucas Javier Godoy, Walberto Enrique Allende, Carlos Aníbal Cisneros, Martín Soria, Vanesa Laura Massetani, Ayelen Sposito, Ariel Rauschenberger, Ana Carolina Gaillard, Paula Andrea Penacca, María Cristina Álvarez Rodríguez, Cecilia Moreau, Susana Graciela Landriscini, Pablo Raúl Yedlin y Alejandro Daniel Bermejo). Ambos Proyectos toman como base los textos anteriores introduciendo modificaciones.

Uno de los puntos abordados fue el comercio electrónico. En seis artículos, se propuso regular de manera enérgica las cuestiones relacionadas con este campo y se destaca la enumeración de derechos de los consumidores electrónicos y la responsabilidad de los intermediarios.

La Comisión expuso las fuentes que tomó en cuenta para redactar los artículos propuestos. Entre las principales, se encuentran las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, en especial, la equiparación de los derechos contenida en la Directriz N° 63. A su vez, se mencionó la toma en cuenta de las previsiones de la

Directiva N° 2000/31/CE para regular la responsabilidad de los portales de subastas o ventas *online*. Por último, se mencionó que se tuvieron en cuenta informes de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y del Grupo de Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor.

En este contexto, en el Capítulo 9 del Proyecto se encuentra la propuesta de regulación para el comercio electrónico. En el artículo 71⁵⁹ se establecería la equiparación de derechos, es decir, siguiendo los lineamientos de la Directriz N° 63, no puede haber diferencia de nivel de protección entre el comercio electrónico y el comercio tradicional.

Otro punto destacable del Proyecto es la regulación de la responsabilidad de los intermediarios. En el artículo 73 se regularían los portales de ventas en el cual se establecerían las causales de exención de responsabilidad, a saber: a) cuando no haya desempeñado un rol activo en la operación y b) no haya generado una particular confianza en el consumidor. Dicha regla, que podía dar lugar a diferentes interpretaciones, es mejorada por la redacción de los Proyectos.

Por otro lado, en el artículo 74 se propone establecer derechos específicos para los consumidores electrónicos:

- a) Exigir la entrega de los bienes en un plazo máximo de treinta (30) días;
- b) Consentir de manera expresa el pago adicional a las remuneraciones acordadas;
- c) Revocar la aceptación en los términos del artículo 1110 del CCC;
- d) Acceder a la jurisdicción correspondiente a su domicilio, es decir, al domicilio del consumidor.

Por último, es dable señalar las previsiones relacionadas con el derecho de rescisión. En efecto, en el artículo 76⁶⁰ del Proyecto se

⁵⁹ “Artículo 71. Equiparación de derechos. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización propuestas por un proveedor respecto de un consumidor”.

⁶⁰ “Artículo 76. Rescisión por medio electrónico. Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible. A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servi-

propuso como regla rescindir la contratación por el mismo medio en el cual se la realizó.

X. A modo de conclusión

Los entornos digitales, escenarios cambiantes, vibrantes y vertiginosos, nos traen numerosos desafíos e interrogantes a los operadores jurídicos en diferentes ámbitos, incluidos los relativos a la protección de los consumidores.

Ello nos obliga a abandonar las certezas del pasado y a adentrarnos en un mundo de muchas incertezas, en el que las conclusiones parecieran ser siempre provisorias y sujetas a revisión.

En ese contexto es que decimos:

1) La legislación debe reconocer y garantizar a los consumidores en los entornos digitales un grado de protección que nunca podrá ser inferior al otorgado entre presentes.

2) “Consumidor digital” incluye a cualquier consumidor cuyo contrato, en cualquier etapa del iter contractual, tiene contacto con una tecnología de la información y comunicaciones (TIC).

3) El fundamento de la responsabilidad objetiva propia de las relaciones mediante plataformas digitales se basa en el riesgo de actividad, la protección de la confianza y la conexidad contractual.

4) El rol de organizador del titular de la plataforma se perfila en el diseño del ámbito digital en el que se desarrollan las operaciones, el control técnico del funcionamiento de esta, el registro de usuarios, el establecimiento de términos y condiciones, la determinación de modalidades de pago y entrega de bienes, la percepción de comisiones o fijación de tarifas, la gestión de sistemas de calificación y la facultad de disposición de sanciones, entre otras.

cios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

5) El entorno digital constituye un supuesto de hipervulnerabilidad de los consumidores, por la antinaturalidad del hecho tecnológico, el control del medio por el proveedor y la exposición a mayores riesgos y daños. Los entornos digitales acentúan la vulnerabilidad del consumidor.

6) Las autoridades públicas deben asumir un rol fundamental en la regulación y el control del entorno digital en pos de la protección de los consumidores, en particular, en lo relativo a la tutela de la información, la confianza y el acceso a vías eficaces de prevención y resolución de conflictos.

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL ENTORNO DIGITAL

Paula Eugenia Rodríguez, Carolina Carina Velardi
y Natalia E. Torres Santomé

I. Introducción

Desde el año 1989, año de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), hablar de infancia y adolescencia implica el reconocimiento *sine qua non* de la calidad de sujeto de derecho especialísimo de las personas que integran dicho colectivo. Ello significa el reconocimiento irrenunciable de todos los derechos que le corresponden por ser persona, con más todos aquellos otros que les corresponden por su calidad de NNA (niños, niñas y adolescentes). Sin embargo, desde entonces el colectivo Infancia y Adolescencia ha adquirido diferentes características particulares de acuerdo con el tiempo en que le ha tocado vivir. Los NNA de este tiempo han nacido en un mundo donde las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ya son parte de la realidad cotidiana. Los NNA de hoy son sujetos del siglo XXI, y son, como se los denomina en doctrina, nativos digitales.⁶¹

⁶¹ Naciones Unidas, CEPAL - UNICEF, “Desafío N° 18. Derechos de la Infancia en la Era Digital”, Santiago de Chile, Ed. Unidad de Distribución CEPAL, 2014, p. 5.

Su relación con las nuevas tecnologías difiere de la que tienen los adultos que los rodean, su apropiación y aprehensión va al mismo ritmo que su crecimiento. Han nacido en un mundo digital, y si bien la brecha digital da cuenta de que no todos los NNA tienen conexión directa a internet, las TIC invaden la realidad que los rodea.

Diferentes ciencias sociales han tomado nota de ello, y las investigaciones se centran en este nuevo juego de relaciones. Las TIC presentan, en general, desafíos, beneficios y riesgos y ello se ve incrementado en el caso de la infancia y adolescencia.

Sin embargo, los análisis de la relación específica de los NNA como usuarios y consumidores en las TIC son prácticamente nulos en el ámbito jurídico. La invisibilización jurídica de estos sujetos de consumo contrasta con el desarrollo que se presenta en el ámbito del *marketing*, en el que desde fines de los noventa, se profundiza sobre la infancia y adolescencia como un mercado específico y atractivo.

Visibilizar al sujeto de derecho dentro de una relación de consumo es el primer desafío que se presenta en este punto. Simultáneamente, se impone la necesidad de repensar los marcos tuitivos, adecuándolos a las nuevas realidades sin que este readecuamiento implique cercenar o negar derechos.

El interés superior del niño, el principio de no discriminación y el principio de efectividad resultan pilares y herramientas indispensables para abordar la cuestión y junto a ellos el reconocimiento indeclinable del derecho humano a beneficiarse de los avances del progreso.

Este derecho ha sido reconocido internacionalmente, no solo por la normativa sino también por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respecto del marco normativo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo contempla expresamente en el artículo XII⁶² y, en el mismo sentido, el Protocolo de

⁶² Art. XII: “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”; Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> [Consultado el 01/04/2020].

El Salvador –protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– en el artículo 14.1 b).⁶³ Por su parte, la CIDH lo ha desarrollado en detalle en el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”.⁶⁴

Esta investigación propone la visibilización de la infancia y adolescencia dentro de un espacio específico –las TIC– y su conformación como sujeto de consumo hipervulnerable.

II. La infancia y adolescencia en el entorno digital

La comunidad internacional ha tomado cuenta de esta nueva realidad. En el año 2004, UNICEF abordó el tema de manera específica celebrando el día de la Internet Segura. Los Estados Partes realizaron diferentes aportes, entre ellos el Decálogo de derechos y deberes relacionados con las TIC, donde se reconoce la importancia de la estimulación del acceso y goce de los NNA, conjuntamente con la responsabilidad de los adultos y de los Estados.

Asimismo, en el informe sobre El Estado Mundial de la Infancia en el año 2017⁶⁵, las TIC aparecen como un punto sustancial, asumiendo el mundo digital como parte de la realidad cotidiana de los NNA. El informe acepta la tecnología digital como una oportunidad, pero resalta y destaca que la brecha en materia educativa, de salud, de derechos económicos, sociales y culturales, existente entre los NNA que más tienen y los que menos tienen, se reproduce también en materia

⁶³ Art. 14: “Derecho a los Beneficios de la Cultura: 1. Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: [...] b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico”, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> [Consultado el 31/03/2020].

⁶⁴ CIDH, “Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica”, Sentencia: 28/11/2012, en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235 [Consultado el 31/03/2020].

⁶⁵ Unicef, “El Estado Mundial de la Infancia. 2017”, en: <https://www.unicef.org/sowc2017> [Consultado el 27/03/2020].

digital. Y por ello, considera la necesidad de diseñar productos digitales acordes a las necesidades específicas de los NNA.

A los efectos de no ensanchar la brecha digital y lograr una mayor inclusión de todos los NNA en el mundo digital considera preciso contar con pedagogías distintas con maestros (formales y no formales) presentes y capacitados en las TIC; impartir alfabetización digital desde pequeños a los NNA para mantenerlos informados, comprometidos con su entorno y seguros en línea; promover desde los padres, madres y/o adultos a cargo un uso digital responsable, adecuado y respetuoso; ofrecer a las familias las herramientas necesarias para la creación de un entorno digital seguro, mediante el establecimiento de protecciones con contraseñas, permisos, verificaciones y demás, que permitan filtrar la información inadecuada.

Por su parte, la Comisión Regional de Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha abordado el tema como centro de sus investigaciones. El trabajo de la CEPAL está centrado en los derechos de la infancia en el mundo digital, y hace especial hincapié en datos estadísticos del período 2003-2013, con relación al acceso a internet por parte de los NNA. Los resultados permiten ver que año tras año se ha ido incrementado el acceso a las TIC por parte de este sector de la población, incluso de aquellos que menos tienen, en particular por el uso de chats y redes sociales. A título de ejemplo, en 2013 el número de personas con acceso a internet supera al que no lo tiene.

El informe permite observar que los NNA presentan una actitud protagónica en este entorno, pasando de ser consumidores pasivos –como ocurre ante la televisión, por ejemplo– a ser creadores y difusores de contenidos propios y ajenos.

Los riesgos detectados en el mundo digital no son necesariamente del todo diferentes a los que se han visto expuestas desde siempre la infancia y la adolescencia, sino que la diferenciación aparece en la manera en que estos riesgos se presentan. En este sentido se han identificado tres grandes grupos de riesgos: el riesgo en el contenido, el riesgo en el contacto y el riesgo en la conducta.

1. *Riesgos de contenido*: afectan a los NNA por estar expuestos a contenido no deseado o inapropiado, como ser imágenes, algunas formas de publicidad, material discriminatorio o racista, entre otros.

2. *Riesgos de contacto*: en estos supuestos los NNA participan de una comunicación arriesgada, en la que un adulto busca la forma de tener contacto inapropiado o con fines sexuales, o persuadirlo de participar en situaciones de ese tipo.

3. *Riesgos de conducta*: se produce cuando un NNA participa en la elaboración o producción de material odioso o perjudicial para otros NNA.

A su vez, algunos de estos riesgos podrán tener como consecuencia la concreción de un tipo delictivo (como sería el caso del *grooming*), y en cambio otros tendrán que ver con los NNA como consumidores, entendiendo al consumidor como la persona que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.⁶⁶

III. La infancia y adolescencia en el Derecho del Consumidor

A fines de los años noventa, el *marketing* comenzó a observar a los NNA como sujetos de particular atención. Las investigaciones realizadas permitieron detectar cuestiones tales como el reconocimiento de logotipos antes de los 2 años, o la posibilidad de fidelización a una marca durante la infancia, fidelización que se mantendrá en la adultez. El término *kid client* aparece como una categoría analítica, nueva y atractiva.⁶⁷

Si bien algunas investigaciones posicionan el nacimiento de la figura del niño o niña consumidor a fines de la década del cincuenta, es en los años ochenta cuando puede observarse un auge en la cantidad de productos y servicios dirigidos específicamente a NNA.⁶⁸

Desde entonces, el desarrollo en el tema es extenso, no solo desde el ámbito del *marketing*, sino también desde las ciencias sociales, como la psicología o la pedagogía. Señala Minzi: “El mercado presenta productos y propone reglas para su uso. A través de la radio y básicamente de la televisión, intenta armar un mundo con significado. En este sentido, la alianza entre el mercado y la TV se vuelve fundamental. Desde el

⁶⁶ Conforme artículo 1º de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.

⁶⁷ Naumovska, Ljupka y Milenkovska, Angela, “Marketing to Children: The Impact of Digital Media”, en *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences 2017*, Vol. 7, N° 5, en: http://hrmars.com/hrmars_papers/Marketing_to_Children_The_Impact_of_Digital_Media.pdf [Consultado el 31/03/2020].

⁶⁸ Francés Barceló, Maite, “La marca competitiva como estrategia del juguete en España”, en *Revista Economía Industrial N° 372*, España, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2009.

punto de vista cultural, los programas y las publicidades con sus personajes y objetos logran posicionarse como un 'otro parafamiliar'. A través del encendido permanente, la radio o la televisión producen un vínculo peculiar. Se trata de una instancia nueva que aporta vivencia de familiaridad, aun de parentesco, debido a la sistemática presencia de algún personaje mediático en el hogar".⁶⁹

Sin embargo, este desarrollo doctrinario resulta escaso en el ámbito jurídico, aun cuando la vulnerabilidad de estos sujetos se hace evidente en la relación con el mercado.

En el año 2013, la Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño trató especialmente lo referente a la relación con el sector empresarial. La Observación refiere a varias líneas diferentes de esta relación, pero parte de una idea base: "[...] el impacto del sector empresarial en los derechos del niño ha aumentado en los últimos decenios debido a factores tales como el carácter globalizado de las economías y de las actividades empresariales y las tendencias actuales de descentralización, así como la externalización y la privatización de las funciones del Estado que afectan el disfrute de los Derechos Humanos. Las empresas pueden ser un motor fundamental para que las sociedades y las economías avancen de manera que se fortalezca la efectividad de los derechos del niño mediante, por ejemplo, los avances tecnológicos, la inversión y la generación de trabajo decente. Sin embargo, la efectividad de los derechos del niño no es una consecuencia automática del crecimiento económico y las empresas también pueden afectar negativamente a los derechos del niño".

La Observación aspira a incorporar a las empresas como sujeto de relación social, dando así un paso sustancial en la construcción de la categoría analítica "NNA como usuarios y consumidores".

En el campo de la empiria, la relación de consumo tiene características propias cuando intervienen NNA, pero las particularidades que presentan no se evidencian como tales. De hecho, la invisibilización del sujeto receptor, y de la relación de consumo en sí misma, aparece na-

⁶⁹ Minzi, Viviana, "La cultura infantil: ¿Cómo abrir espacios para el diálogo intergeneracional?", en: http://repositorio.educacion.gov.ar/dspace/bitstream/handle/123456789/95808/caminoacasa_minzi.pdf?sequence=1 [Consultado el 31/03/2020].

turalizada en el ámbito jurídico. La ubicación en el ámbito contractual –estableciendo *a priori* cierta incapacidad de derecho y de ejercicio– favorece esta invisibilización y profundiza la vulnerabilidad.

En esta relación, algunos fenómenos ya han sido sistematizados por la mercadotecnia, tales como el porcentaje del gasto familiar invertido en los niños, o lo referido al *pester power* –el poder de molestar–, que podría determinar un importante porcentaje de compras.⁷⁰

En lo referente al entorno digital, se destaca el acceso a los dispositivos electrónicos por parte de los NNA, que permite direccionar campañas etarias, con mayor inmediatez y menor injerencia de adultos. Este aspecto es particularmente notable cuando se cruza con otros datos; por ejemplo, con el porcentaje de NNA que consideran que tienen mayor conocimiento del uso de estos artefactos que los adultos que los rodean.⁷¹ Ello permite inferir cierto grado de omnipotencia que profundiza la vulnerabilidad.

Como vemos, el *marketing* ha dado mayores pasos que el Derecho en el estudio de la relación entre mercado y NNA, avanzando incluso en el estudio de esta relación en el entorno digital.

En el ámbito jurídico, los análisis y abordajes del entorno digital se realizan desde la protección y responsabilidad respecto de delitos específicos o malas prácticas. En particular, sobre *cyberbullying*, *sexting* o *grooming*; sin embargo, el aspecto de la vulnerabilidad frente a un mercado cada vez más invasivo todavía no se ha realizado.

⁷⁰ *Pester power* refiere al pedido insistente por parte de los niños a sus padres para la compra o adquisición de determinado producto o servicio. El término ha sido discutido en doctrina, por la negación del niño como sujeto participante de la decisión familiar.

⁷¹ El 50 % de los menores afirma que la frase: “Sé más cosas que mi padre y madre sobre el uso de *smartphones*” es “muy cierta” para ellos, el 29 % dice que es “algo cierta”, mientras el 21 % cree que no es cierta. De forma similar, más de la mitad (51 %) dice que es “muy cierto” que sabe muchas cosas sobre el uso de *smartphones*, algo más de un tercio (38 %) dice que es “algo cierto” y solo un 11 % dice que no es cierto; Garmendia, M. Jiménez, Casado, M. A. y Mascheroni, G., *Net Children Go “Mobile: Riesgos y oportunidades en Internet y el uso de dispositivos móviles entre menores españoles” (2010-2015)*, Madrid, Ed. Red.es., Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016.

Muchas de las situaciones indeseables de la vida en red como consumidores están vinculadas a la invasión de los dispositivos con programas, virus o información falsa. Estos fenómenos pueden dañar físicamente los aparatos, pero además vulneran la intimidad personal. Hay determinados programas que se descargan de forma indetectable con el fin de agregar publicidad en los exploradores de internet o recolectar datos personales que permiten identificar preferencias del usuario.

Un ejemplo de ello es el *phishing*, por el que el usuario a través de alguna maniobra engañosa brinda datos personales que no son usados para lo que fueron solicitados. O incluso la entrega involuntaria de estos datos, que son extraídos o conseguidos a través de lo que se denomina “piratería informática” o “cibervandalismo”, realizado por *hackers* o *crackers*.⁷²

Otro de los supuestos es el *pharming*, que se identifica como el ingreso a ciertas páginas o sitios web falsificados. Estos sitios o páginas se redirigen a una distinta de la original y de ese modo obtienen información de un usuario que ingresa pensando que es la página original.

Los mencionados son solo algunos de los casos en los que los consumidores digitales se encuentran expuestos a daños concretos. Esta situación se profundiza cuando el usuario es una persona menor de edad.

Sin embargo, el abordaje respecto de la infancia se centra, como hemos visto, en otro tipo de delitos. Los análisis doctrinarios sobre los delitos de robo de datos o suplantación de identidad asumen a las víctimas como personas mayores de edad y al daño causado como mayormente patrimonial. Ello resulta una consecuencia de la invisibilización del colectivo Infancia como sujeto directo en la relación de consumo.

Una vez identificada la relación y el sujeto de consumo, es sustancial identificar las diferencias que se presentan dentro del colectivo.

⁷² El *hacker* es aquel que tiene acceso ilegítimo informático o intrusismo informático no autorizado y supone vulnerar la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad; por su parte, el *cracker* es aquel que produce un daño o sabotaje informático, conducta esta que va dirigida esencialmente a menoscabar la integridad y disponibilidad de la información; Arocena, Gustavo A., “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino. Introducción a la Ley Nacional N° 26.388”, en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332012000300002&script=sci_arttext&tlng=pt. [Consultado el 04/04/2020].

El acceso a las TIC de los nativos digitales comienza desde mucho antes de que aprendan a leer, escribir o hablar, pero las necesidades y los gustos de los niños o niñas se hacen saber rápidamente. Es por eso, que las campañas de publicidad y venta de productos se dirigen a todas las edades, de acuerdo con el producto específico y el *target* de público al que apuntan.

Ya hemos visto que las campañas pueden dirigirse de forma específica a diferentes franjas etarias, lo que implica asumir que, por ejemplo, un niño o niña de 2 años que recién comienza a hablar tenga en claro qué juguete quiere y por qué. También que sea posible persuadir al adulto para realizar esa compra.

Francés Barceló señala respecto de una investigación: “En este sentido, un estudio realizado por Nickelodeon en Norteamérica en 2001 revelaba que el 92 % de lo que pedían los niños de entre 8 y 14 años eran marcas concretas y según las investigaciones de Schor (2006:31) a los dieciocho meses los niños son capaces de reconocer logotipos y, antes de haber cumplido los 2 años, ya piden los productos por su marca. A los 3 o 3 años y medio, los pequeños consumidores comienzan a creer que las marcas expresan sus características personales, es decir, que son modernas o novedosas, fuertes o que denotan inteligencia”.⁷³

Sin perjuicio de que, para la CDN, todos los menores de 18 años son considerados niños, nuestra legislación nacional establece una distinción más, ya que niños serán aquellos que no han cumplido los 13 años y adolescentes serán aquellos que tengan entre 13 y 17 años.⁷⁴

Nosotros añadiremos una tercera distinción, ya que diferenciaremos a aquellos niños y niñas que se han introducido en la lecto-comprensión de quienes aún no lo han hecho. Es decir, por un lado, los niños y niñas menores de 6 aproximadamente y, por otro, los que tienen entre 6 y 12 años.

Está claro que todos ellos son consumidores de productos, bienes y servicios a través de su participación en internet, pero no todos son atravesados en sus experiencias en línea de la misma manera, ni tampoco son afectados por los peligros y anzuelos del mismo modo.

⁷³ Francés Barceló, Maite, ob. cit., p. 39.

⁷⁴ Conforme artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

“Esperar a que el niño sea adulto para dirigirse a él, es un error, porque, este niño estará más influenciado por las ideas que lo marcaron en su niñez, que por aquellas que le llegaron cuando ya era adulto. De hecho, una gran cantidad de marcas consumidas durante la infancia todavía se usan cuando el niñ@ se convierte en adulto”.⁷⁵

Este abordaje mercadotécnico sobre la infancia tiene en cuenta las características etarias. Por ejemplo, los niños y niñas menores de 6 años suelen consumir videos o reproducciones de la aplicación YouTube. Allí la forma de vender productos y servicios va desde la publicidad que aparece entre video y video, hasta las producciones de videos en los que se les enseña y explica distinción entre juguetes originales y juguetes que no lo son. Ello “enseña” valores o hábitos de conducta en los más pequeños que repercutirán en sus decisiones de compra.

Por su parte, los niños y niñas que ya se han iniciado en la escritura tendrán otros hábitos de consumo en la red, ya que están en condiciones de hacer búsquedas por diversas aplicaciones o sitios de internet, conforme a sus intereses. Entonces serán capaces de leer aquellas publicidades que surgen de ventanas emergentes y que pueden ofrecer cualquier tipo de anzuelo para que el niño consumidor sea víctima de los peligros ya referidos. Es decir, a medida que adquieren mayor edad, se acercan más a los riesgos y anzuelos en los que puedan verse involucrados los adultos.

Finalmente, debemos mencionar a los y las adolescentes, quienes agregan a sus hábitos de consumo en línea las redes sociales. Es decir, a medida que los NNA adquieren mayor edad y grado de madurez, más se asemejan a los adultos en el uso de internet y en las posibilidades de ser víctimas de los mismos peligros, sumados a los riesgos mencionados por su condición de personas en formación y su menor experiencia de vida.

Otra cuestión a tener en cuenta es lo relativo a los “juegos en red”⁷⁶ de los que participan personas adultas, pero también menores de edad.

⁷⁵ Hémar, Nicolás; Gollety, Mathilde, “Uso del carácter de marca cuando se dirige a niños: ¿para qué?, Una exploración de los puntos de vista de gerentes y niños”, *Young Consumers*, vol. 13, no. 1, pp. 20-29. Citado en Somesfalean, Vasilica M., “Los niños como mercado objetivo”, Universidad Babeş-Bolyai Cluj-Napoca, Rumania, en: <http://eccsf.ulbsibiu.ro/articole/vol72/7213somesfalean.pdf> [Consultado el28/06/2019].

⁷⁶ A los efectos de profundizar en este tema recomendamos la lectura del

En estos casos, el panorama es aún más difuso ya que el marco normativo en la materia es escaso y generalmente se encuentra sujeto a la arbitrariedad de los desarrolladores y proveedores del sistema.

Y aquí se mezclan varias cuestiones que son preocupantes en adultos y más aún cuando nos referimos a NNA. Por un lado, suelen aparecer los peligros o anzuelos que mencionáramos anteriormente; un NNA puede estar jugando con un adulto sin saberlo y estar interactuando directamente con él, suministrándole información o datos personales. Por lo tanto, se combinan los peligros de la vida en red con lo relativo a la protección de datos personales. Y, por otro lado, las cuestiones de salud, ya sea por el sedentarismo como por la potencial adicción al juego.

El Derecho no ha dado respuesta a estas cuestiones, ya que las regulaciones que tienen los juegos en línea hacen referencia únicamente a la edad con la que debe contar el jugador para poder participar (por ejemplo, mayores de 16 años, mayores de 18 años, etc.). Este sistema de clasificación de los productos por edades también surge de la Ley N° 23.052, que establece el Régimen de calificación de películas cinematográficas. Ahora bien, la reglamentación de esa norma, efectuada mediante el Decreto N° 828/1984, contempla la creación de una Comisión Asesora de Exhibiciones Cinematográficas, encargada de emitir dictamen de calificación, el que será otorgado por el Instituto Nacional de Cinematografía y tendrá carácter obligatorio para cada película que pretenda exhibirse.

Es decir que, con relación a los productos audiovisuales, tendríamos una norma que podría dar respuesta a estas necesidades de regulación en materia de juegos en red, pero que excede su competencia.

Por su parte, UNICEF “redactó un decálogo de e-derechos o derechos digitales de los niños, niñas y adolescentes. Este decálogo contempla en sus puntos 6 y 7 el tratamiento de los datos personales, pero además, contempla otras dimensiones de los derechos de los niños vinculados a la vida digital”.⁷⁷

trabajo de investigación realizado por Mariano Da Cruz, Lucas Lucero y Gabriel Fasciolo, denominado “Derecho del consumidor en el entorno de los juegos en línea”.

⁷⁷ “6. Derecho a la intimidad de las comunicaciones por medios electrónicos. Derecho a no proporcionar datos personales por la Red, a preservar su identidad

IV. La ausencia de marcos específicos

La falta de identificación de este sujeto de consumo se representa en la inexistencia de normativa específica relacionada a este colectivo social. Los marcos de protección y reconocimiento de derechos no abordan la calidad de usuario/consumidor.

La Argentina cuenta con la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de NNA N° 26.061 y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su par local N° 114. Ambas brindan el marco legal respecto de los derechos que posee ese colectivo humano por su condición de sujeto de derecho. También, y como hemos visto, diferentes instrumentos internacionales reconocen como derecho humano el acceso al avance tecnológico, por parte de la sociedad en su conjunto y, en particular, de los NNA.

Por su parte, la Ley Nacional de Defensa del Consumidor N° 24.240 garantiza la defensa de los usuarios y consumidores de bienes y servicios, tanto adultos como NNA, aunque no profundiza sobre las características particulares de este colectivo.

Estas normas, en consonancia con los instrumentos internacionales de los que la Argentina es parte, otorgan un marco normativo para el resguardo de los derechos de los NNA en general. En lo particular, sin embargo, aún se adeuda algún marco normativo que aborde este nuevo juego de relaciones; es decir, esta dinámica entre el desarrollo madurativo –con la vulnerabilidad que este acarrea–, los abordajes mercadotécnicos específicamente dirigidos a la infancia y las nuevas relaciones generadas por el entorno digital.

El punto 59 de la Observación N° 16 sostiene, en ese sentido: “Los niños pueden considerar que el contenido de los anuncios publicitarios transmitidos por los medios de comunicación es veraz e imparcial y, por consiguiente, pueden consumir y utilizar productos que son

y su imagen de posibles usos ilícitos. 7. Derecho al esparcimiento, al ocio, a la diversión y al juego, también mediante internet y otras nuevas tecnologías. Derecho a que los juegos y las propuestas de ocio en internet no contengan violencia gratuita, ni mensajes racistas, sexistas o denigrantes y respeten los derechos y la imagen de los niños y niñas y otras personas”; UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas. Protección de Datos”, Argentina, 2007, en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-4_ProteccionDatos_Interior_WEB.pdf [Consultado el 28/03/2020].

dañinos. La publicidad y la mercadotecnia también pueden influir poderosamente en la autoestima de los niños, por ejemplo, cuando representan el cuerpo humano de forma poco realista. Los Estados deben velar por que la mercadotecnia y la publicidad no afecten negativamente a los derechos del niño y adoptar normas adecuadas y alentar a las empresas a que se adhieran a los códigos de conducta, etiqueten de manera clara y precisa los productos e informen a los padres y los niños de manera que puedan tomar decisiones bien fundadas como consumidores”.

V. Aportes para una regulación integral

Esta investigación ha aspirado a exponer relaciones que ocurren de manera permanente y silenciosa. Tanto la comunidad nacional como la internacional han realizado abordajes de los distintos aspectos de estas relaciones, pero el estudio integral de esta aparece como un desafío. Delinear criterios deontológicos resulta aún muy difícil por la ausencia de datos precisos y de investigaciones doctrinarias previas.

Desde el aspecto jurídico nacional, el estudio de la categoría “NNA como consumidor y usuario” es aún precario y esa precariedad se profundiza cuando abordamos la relación en el marco del entorno digital.

La readecuación de herramientas ya existentes en materia de infancia y adolescencia aparece como una opción actual y posible, hasta tanto puedan generarse nuevas herramientas. En este sentido, se destacan la implementación de políticas públicas digitales con intervención de figuras como el Defensor del Niño, la participación de los NNA en la elaboración de esas políticas y la alfabetización en materia digital y de consumo desde la primera infancia. Asimismo, y partiendo de la necesidad de acompañamiento por parte de adultos responsables, es importante profundizar sobre la propia alfabetización de estos en ambas materias.

Desde el *marketing*, en el año 2000 se presenta esta idea: “*What do you call a consumer who wants to buy everything you have, doesn't care what it costs and is less than five feet tall? A marketer's dream? Nope. You call them Kids*”.⁷⁸

⁷⁸ “¿Cómo se le dice a un consumidor que desea comprar todo lo que tienes sin

Es de estricta necesidad, entonces, que el Derecho aborde en forma urgente esta materia pendiente.

que le importe cuánto sale, y que no mida más de cinco pies de altura? ¿Se le dice ‘el sueño del vendedor’? No. Se le dice Niño” (AdRelevance Inteligencia Report, 2000), citado en Marwick, Robin, “Target market: Children as consumers”, en: <http://television-vs-children.blogspot.com/2008/11/target-market-children-as-consumers.html> [Consultado el 09/08/2019].

LA ACCESIBILIDAD WEB COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES

Daniela Gala Núñez, Juan Manuel Iglesias Frecha,
Tamara Anahí Escudero y Enrique Luis Suárez

Hemos considerado de importancia abordar algunas condiciones previas de accesibilidad que deben permitir a las personas con discapacidad (en adelante, PCD) poder participar como consumidores y usuarios en el entorno digital y la contratación electrónica, entre otras manifestaciones tecnológicas emergentes.

En el presente, se ha focalizado el interés en la accesibilidad de las páginas web, de modo de conocer su contenido y poder interactuar a través de estas en todas las cuestiones que hacen a la relación de consumo, con especial referencia a las personas con discapacidad visual o bajo nivel de visión.

En función de ello, en una primera parte, nos referiremos a título introductorio a la PCD como consumidora y usuaria hipervulnerable, y reseñaremos brevemente cómo se ha suscitado el avance tecnológico y su influencia en las dinámicas transformadoras de la vida social.

En una segunda parte, nos dedicaremos a analizar la centralidad del concepto de accesibilidad y su importancia para las PCD en general, y la incorporación de la tecnología para potenciar la accesibilidad digital. Luego, veremos el estado actual de la regulación de la “accesibilidad web” en el ámbito internacional, supranacional, nacional y local.

Parte General

I. La discapacidad. Conceptualización

El concepto de discapacidad se corresponde con una visión dinámica en el tiempo, que ha estado sujeta a una valoración social cambiante de lo que se ha ido considerando como “normalidad”. En función de ello se fueron catalogando, a lo largo de la historia, abordajes y visiones sucesivas que han determinado diferentes actitudes y concepciones sociales respecto de las PCD.

Así, se perfilaron lo que se conoce como el “modelo médico” y el “modelo social” de la discapacidad, que, tal como sostiene Vallejos⁷⁹, marcan una tensión que resulta de pensar la discapacidad como una cuestión biológica, dada en el cuerpo, frente a otra perspectiva que considera a aquella como una producción social a partir de determinadas características corporales, consideradas como un desvío de la “normalidad”.

Todas las personas son iguales en dignidad, más allá de sus características personales, y por ello es que debe buscarse en los apoyos y ajustes razonables y en el diseño y acceso universal, la solución al estigma, a la diferenciación y a las dificultades que experimentan las PCD en lograr autonomía, accesibilidad y una plena inclusión en las diversas estructuras de participación comunitaria.⁸⁰

Para que las PCD alcancen un nivel de vida digno, desarrollándose en igualdad de condiciones que las demás personas, el Estado debe intervenir para proteger los derechos de este colectivo vulnerable, actuando fuertemente sobre el entorno para concientizarlo a fin de que comprenda y valore la diversidad y su riqueza, dignifique a la persona y no interponga barreras que impidan el logro de estos objetivos.

⁷⁹ Vallejos, Indiana, “¿Y si la discapacidad no estuviera dada en la naturaleza? (Tensiones entre el modelo médico y el modelo social)”, *Cuadernos del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)*, N° 1, abril 2010.

⁸⁰ Palacios, Agustina, *El modelo social de la discapacidad*, Madrid, Grupo Editorial CINCA, 2008, p. 123.

Debido a ello, la mirada social considera que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones y de trato en la sociedad [cf. Preámbulo, inciso e) y art. 1º segundo párrafo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, en adelante CDPCD].⁸¹

Como bien señala Seda, el conjunto de las PCD se caracteriza por un elemento común: sus relaciones sociales están mediadas por la dificultad de vivir en una sociedad que no los incluye por el hecho de no estar adaptados a los estándares de lo que se considera una persona “normal”.⁸²

Como veremos, con relación al objeto de este trabajo, la frustración de una accesibilidad declamada en la norma pero que no se efectiviza en la realidad, muestra claramente la dificultad de acceder a diversos instrumentos en la era digital para las PCD.

II. La PCD como consumidora y usuaria

A. Aproximación inicial

Aunque sea obvio o redundante, cabe señalar que la PCD necesita satisfacer como cualquiera las necesidades de toda índole que hacen al desarrollo pleno de la persona, debiendo para ello transaccionar en el mercado para obtener los bienes y servicios necesarios, en su carácter de consumidora, adquiriendo o utilizándolos, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social [cf. art. 1092, primer párrafo del Código Civil y Comercial

⁸¹ Incorporada al orden jurídico nacional por Ley N° 26.378 (BO 9/06/2008) y dotada de jerarquía constitucional por Ley N° 27.044 (BO 22/12/2014), en los términos del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

⁸² Seda, Juan Antonio, *Discapacidad y Universidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 17.

de la Nación (CCCN) y art. 1º, primer párrafo LDC], pudiendo asumir la PCD cualquiera de los roles antedichos.

Del mismo modo, puede verse equiparada la PCD al consumidor cuando, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (cf. art. 1092, segundo párrafo CCCN y art. 1º, segundo párrafo LDC).

Por ende, siguiendo lo afirmado por Tambussi⁸³, no solo las PCD participan del concepto de consumidor o usuario, sino que las normas protectorias vigentes en la materia no hacen distinción alguno en su marco de protección, por lo que se encuentran plenamente incluidas en este, gozando de su tutela plenamente, en aras del cabal respeto por su dignidad y el logro de su pleno desarrollo humano.

*B. Las PCD como consumidores y usuarios hipervulnerables*⁸⁴

Ya en numerosos trabajos se ha dejado en claro que los consumidores y usuarios ostentan una vulnerabilidad estructural, que se encuentra presente en los planos jurídico, técnico, político, económico, de acceso a la justicia, psicológico y biológico.⁸⁵ Debido a ello, todos los consumidores y usuarios son vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, reafirmando el carácter estructural y de

⁸³ Tambussi, Carlos, “El consumidor con capacidades diferentes”, en Ghersi, Carlos (Director), *Daño a la persona y al patrimonio*, Tomo I, Rosario, Nova Tesis, 2011, pp. 622-623.

⁸⁴ Otros autores utilizan la expresión consumidores especialmente vulnerables, partiendo de la base de que, dado que son consumidores como cualquier otra persona, su situación de discapacidad los coloca en muchos casos en inferioridad de condiciones para ejercer sus derechos [Palermo Romera, Alejandro C., “Las Personas con Discapacidad: Consumidores especialmente vulnerables”, en Arias, María Paula y Urrutia, Liliana Aída (Coordinadoras), *Protección Jurídica de los Subconsumidores*, Rosario, Editorial Juris, 2017, p. 164].

⁸⁵ Ampliar las características de las diferentes manifestaciones de la debilidad del consumidor y usuario en Rusconi, Dante D., “Esencia del derecho del consumidor”, en Rusconi, Dante D. (Director), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pp. 4-21.

presunción *iure et de iure* que presenta la vulnerabilidad a la que se encuentran sometidos.⁸⁶

La sociedad de consumo y las fallas de mercado muestran claramente un desequilibrio de fuerzas o falta de igualdad entre consumidores y proveedores, que se traduce en una debilidad negocial o inferioridad manifiesta que, como vimos, amerita la tutela legal de todo el Estatuto del Consumidor.⁸⁷

Partiendo de una debilidad genérica de todos los consumidores y usuarios frente a los proveedores de bienes y servicios, como menciona Barocelli, en cierta clase de consumidores esa vulnerabilidad se encuentra especialmente profundizada, lo que acentúa aún más el principio protectorio.⁸⁸

A la vulnerabilidad descrita, se le suma otro grado de vulnerabilidad vinculado con su condición de PCD que, como hemos descrito *supra*, conlleva una vulnerabilidad inherente producto de los efectos impeditivos de su deficiencia para participar de todas las expresiones de la vida comunitaria, en función de las barreras construidas por la propia sociedad y plenamente vigentes, lamentablemente.

Se produce, entonces, la intersección de dos vulnerabilidades que da lugar a la necesidad de afirmar que las PCD, en el marco de una relación de consumo, deben ser consideradas como consumidores y usuarios hipervulnerables.

C. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ALDC) y las PCD como consumidores hipervulnerables

El ALDC, presentado el 6 de diciembre de 2018 ante los titulares de los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo,

⁸⁶ Barocelli, Sergio Sebastián, *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires, El Derecho, 2018, pp. 11-15.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Barocelli, Sergio Sebastián, “Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en Santarelli, Fulvio G. y Chamatropulos, Demetrio Alejandro (Directores), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 54-56.

regula de modo expreso la figura de los consumidores hipervulnerables (arts. 3º; 5º, inciso 6º; art. 8º, inciso 2º, entre otros).

Específicamente, el artículo 3º prevé: “El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”.

Lo dicho se complementa en particular para las PCD con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso 6º, que se refiere al “Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad”, estipulando: “El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras”.

También se prevé la necesidad de garantizar un adecuado acceso a la información de interés general para el consumidor, por lo cual: “El Estado nacional, las provincias y los municipios garantizarán este derecho en condiciones de celeridad y mediante mecanismos eficaces a tales fines, de conformidad con los estándares internacionales en materia de derecho de acceso a la información. Se garantizarán asimismo condiciones especiales para favorecer el acceso a la información de grupos hipervulnerables” (art. 8º, inciso 2º).

Dado que el principio tutelar consagrado en el artículo 3º se vincula con el trato digno al consumidor, su efectividad, esencia y contenido deben ser extremados en su dispensa hacia el consumidor hipervulnerable, como también puede verse en el artículo 101 (atención personalizada por vías no presenciales), que dispone en su inciso 4º la “accesibilidad del sistema de reclamos para personas con discapacidad”.

El trato digno a la PCD como consumidor hipervulnerable implica implementar todos los apoyos y ajustes necesarios que posibiliten la accesibilidad al goce y ejercicio de todos sus derechos, en especial, lo relacionado con la accesibilidad digital vinculada a páginas web en modo accesible.

III. El entorno digital. Algunos pilares del nuevo contexto

A. Caracterización sociológica

El marco social actual, atravesado por la tecnología, la comunicación, el acceso inmediato a un conocimiento de magnitudes antes impensadas, encuentra sus pilares en diversos ítems, que reseñaremos someramente:

1. La globalización, que a partir de la década del ochenta del siglo pasado ha transformado con una magnitud imprevisible la conformación mundial en lo económico, social y cultural, puede verse como un concepto que da cuenta de la realidad como una sociedad planetaria, la cual –más allá de fronteras, credos, ideologías, condiciones socioeconómicas o culturales– se presenta como un proceso cultural que ha transformado la escala espacio-temporal de relaciones a nivel mundial, modificando las condiciones de desarrollo económico y social, gracias, principalmente, al crecimiento tecnológico de las comunicaciones.⁸⁹

De lo dicho se desprende que como características la globalización: a) afecta todos los órdenes de la vida social (institucional, individual, político, etc.); b) alcanza todos los vínculos, ya que alcanza las relaciones entre individuos o entre países, y c) es simultánea, pues permite establecer relaciones desde cualquier lugar y en tiempo real.

Ello provoca una interdependencia global (que resalta el papel que juegan las instituciones y empresas transnacionales), ya que no se tienen en cuenta solamente actores territoriales, sino actores mundiales, que constituyen así el paradigma de la naciente globalización.

A la par del progreso se ha gestado un crecimiento de la pobreza, consolidando estructuras que han creado una enorme desigualdad, postergando la producción en beneficio de un crecimiento de los ámbitos financieros.

⁸⁹ Ver Pennisi, Ariel, *La Globalización*, Buenos Aires, Longseller, 2001.

La baja en la producción de bienes hizo que el capital abandonara el sector de la economía real y la producción y se volcara a los ámbitos financieros⁹⁰, limitando el poder de los Estados Nacionales.⁹¹

2. La denominada “Revolución Tecnológica” da cuenta de un proceso en el cual ocurre un cambio importante al introducirse métodos, técnicas y conocimientos nuevos. Su implementación marca una época de progreso, desarrollo, e innovación. Pero, a la vez, puede dar lugar a impactos negativos en determinadas temáticas (medio ambiente, empleo, aumento de la pobreza por desigualdad en el acceso al desarrollo humano, etc.).

La telecomunicación hizo que el flujo de información se torne más rápido que el movimiento físico, y la revolución de la inteligencia ha transformado la industria a través de la microelectrónica y la innovación en I + D⁹², considerando también al microprocesador, la fibra óptica, la telefonía móvil, la internet y la *world wide web*, etcétera.⁹³

⁹⁰ El entonces Presidente del Grupo del Banco Mundial, James D. Wolfensohn, en 2001 señalaba: “La globalización es un mundo caracterizado por una interconexión e interdependencia crecientes, una situación en que el comercio internacional, la inversión y las finanzas han estado aumentando a un ritmo más rápido que los ingresos nacionales”. Ello “involucra crisis financieras internacionales, y despierta en los trabajadores de los países desarrollados el temor de quedar sin trabajo debido al desplazamiento de sus empleos a países en que los costos son más bajos y los derechos laborales son limitados”. Ver Wolfensohn, James D., *The Challenges of Globalization (The role of the World Bank)*, Address to the Bundestag Berlin, Germany, April 2, 2001, <http://documents.worldbank.org/curated/en/391781468762627948/pdf/multiopage.pdf>.

⁹¹ El mundo es una aldea global y en ella el poder decisorio radica en los actores transnacionales. La globalización como fenómeno contemporáneo ha hecho que los países se encuentren sujetos a acontecimientos de carácter global que los afecta decididamente, y frente a los cuales son impotentes. Ver Ferrer, Aldo, *Hechos y ficciones de la Globalización*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 24.

⁹² Es el símbolo de Investigación y Desarrollo, que se aplica a los departamentos de investigación encaminados al desarrollo de nuevos productos o la mejora de los existentes por medio de la investigación científica.

⁹³ Guillén, Abraham, “La revolución tecnológica, la más importante del siglo XX”, *Diario El País (España)* del 12/08/1986, https://elpais.com/diario/1986/08/12/economia/524181606_850215.html.

Estos cambios han transformado el uso cotidiano de la tecnología a nivel individual, gubernamental y económico y financiero, modificando nuestro modo de vivir, consumir, aprender, producir y comerciar, entre tantos otros aspectos. El entorno digital en estos procesos de cambio ha sido fundamental.⁹⁴

3. Partiendo de la idea de que la Tercera Revolución Industrial se generó con la informática, nos encontramos en pleno desenvolvimiento de la Cuarta Revolución Industrial, la que se caracteriza por una gama de nuevas tecnologías que fusionan los mundos físico, digital y biológico, impactando en todas las disciplinas, economías e industrias.⁹⁵

Los datos, como componentes de la información, propenden a que esta nueva etapa se dirija hacia la optimización de procesos y recursos mediante la recolección y el aprovechamiento de los datos, la internet de las cosas o IoT (que permite la interconexión digital de objetos cotidianos con internet)⁹⁶, y tecnologías como el *cloud computing* o cómputo en la nube (que posibilita el almacenamiento descentralizado de la información).

El *data analytics* es un proceso que implica el análisis de datos (*big data*⁹⁷, en particular) para sacar conclusiones que permiten que las

⁹⁴ Muñiz, Mar, “La revolución tecnológica ya es dueña de nuestra vida cotidiana”, Diario *El País*, España, del 15/11/2018, <https://www.elmundo.es/tecnologia/2018/11/15/5bec5eb6ca4741e9258b45e7.html>. Duarte, Mario Ramón, *La revolución de la nueva era tecnológica, el gran desafío estratégico global y regional*, publicado en Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), el 14/8/2018, <https://www.alainet.org/es/articulo/194716>.

⁹⁵ Ver Schwab, Klaus, *La Cuarta Revolución Industrial*, Buenos Aires, Editorial Debate, 2016.

⁹⁶ Partiendo del hecho de que los únicos dispositivos conectados a internet eran las computadoras, la información allí era generada por los usuarios. Pero al crecer el número de aparatos conectados a internet, la información disponible pasa a ser generada por cosas y no por personas. Ello propone el desafío de establecer, a partir de patrones determinados, determinadas alertas y acciones en consecuencia, combinando herramientas de *big data* con algoritmos de inteligencia artificial (IA), dando cierto grado de autonomía a los objetos. Ver Bilinkis, Santiago, *Pasaje al Futuro*, 4ª edición, Buenos Aires, Sudamericana, 2016, pp. 213-214.

⁹⁷ Ante los abrumadores volúmenes de datos generados hoy por la humanidad, el *big data* es considerado el primer nombre que recibe un abanico de tecnolo-

empresas puedan estar mejor equipadas para tomar decisiones estratégicas y aumentar su volumen de negocios, mejorando el modelo de negocio, penetrando de una manera más eficaz en el *marketing* y análisis del mercado, mejorando, así, su performance.

4. Internet es una red de redes que permite la interconexión descentralizada de computadoras a través de un conjunto de protocolos. La idea y progresivo desarrollo de una red interconectada de computadores posibilitó servicios que proporciona la red, como el correo electrónico, acceso remoto a máquinas, transferencia de archivos, todo lo cual se ha potenciado por el uso de la *world wide web* (www), que es un sistema de distribución de documentos de hipertexto o hipermedia interconectados y accesibles a través de internet. Con un navegador web, un usuario visualiza sitios web compuestos de páginas web que pueden contener textos, imágenes, vídeos u otros contenidos multimedia, y navegar a través de esas páginas usando hiperenlaces.

5. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) son el resultado de poner en interacción la informática y las telecomunicaciones. Todo, con el fin de mejorar el procesamiento, almacenamiento y transmisión de la información, logrando de ese modo una sensible mejora en el nivel de nuestras comunicaciones, siendo así más rápidas y de mayor calidad.⁹⁸

Sabemos que la tecnología no se ha estancado en las computadoras y que han ido apareciendo nuevos tipos de terminales o que han mejorado sus características preexistentes. Precisamente, una de las características de las TIC es la digitalización, por la cual su objetivo es que la información de distinto tipo (sonidos, texto, imágenes, animaciones, etc.) pueda ser transmitida por los mismos medios al estar representada en un formato único universal.⁹⁹

gías que tiene como objetivo procesar y aprovechar todo el conocimiento existente en los repositorios de datos, ya que resulta imposible para un ser humano obtener información a partir de analizarlos. Ver Bilinkis, ob. cit., p. 211.

⁹⁸ Jiménez Bermejo, Daniel, *Tecnologías de la información y comunicación* (TIC), <https://economipedia.com>.

⁹⁹ Belloch Ortí, Consuelo, “Las Tecnologías de la Información y Comunicación”, Unidad de Tecnología Educativa de la Universidad de Valencia, <https://www.uv.es/~bellochc/pdf/pwtic1.pdf>.

Se estima que las proyecciones de desarrollo del mercado indican que las nuevas generaciones empiezan a ver en el celular al compañero ideal para la comunicación y el entretenimiento, de modo tal que el móvil comienza a desplazar masivamente a la PC como medio tecnológico.¹⁰⁰

Los márgenes de inversión en el sector acompañan los ingentes progresos tecnológicos que se hacen realidad merced a las redes 4G y 5G (de cuarta y quinta generación).¹⁰¹

Las TIC han mejorado la telefonía fija, la telefonía móvil, y la propia internet, pasando de la conexión telefónica a la banda ancha, después a la fibra óptica y llevado la conexión a los móviles.

Asimismo, su impacto ha fomentado el crecimiento de la banca *online*, el comercio electrónico y el desarrollo de la modernización de la función pública, a través de los Planes de Modernización del Estado.¹⁰²

6. En lo que se refiere a la “Sociedad de la Información”, el crecimiento exponencial en diversidad y rapidez de las formas de comunicación han generado la producción de una cantidad incalculable de información en diversos formatos y el acceso con mayor facilidad y velocidad a esta, a través de la digitalización de todo tipo de producciones puestas a disposición en diversas plataformas y redes, sumado a la búsqueda de esta a través de navegadores y buscadores, que en instantes ponen a nuestra disposición una incalculable cantidad de datos en formatos varios, generando lo que se conoce como la “explosión de la información”.¹⁰³

¹⁰⁰ Bellucci, Marcelo, “Las nuevas generaciones prefieren el celular por sobre la computadora”, *Clarín* del 2 de marzo de 2010.

¹⁰¹ En telecomunicaciones, 4G es la sigla utilizada para referirse a la cuarta generación de tecnologías de telefonía móvil, la cual paulatinamente va siendo reemplaza por la quinta generación (5G). Scarpinelli, Luján, “Hiperconectividad: la expansión del 4G crea nuevos hábitos de consumo en el celular”, *Diario La Nación* del 16 de noviembre de 2015.

¹⁰² Suárez, Enrique Luis, *Acerca del Programa de Modernización del Ministerio de Salud*, MicroJuris, Rfcia: MJ-DOC-10726-AR.

¹⁰³ Roca, José Miguel, “Qué es la Sociedad de la Información”, disponible en www.informeticplus.com; Trejo Delarbre, Raúl, “Vivir en la Sociedad de la Información”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, Número 1 / Septiembre - Diciembre 2001, editada por la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la

A partir de ello, las personas crean conocimiento, que se difunde y que se puede aprovechar por otros en una espiral de desarrollo y evolución. Precisamente, el concepto de “Sociedad de la Información” implica que esta debe estar centrada en las personas, favorecer la integración, orientarse al desarrollo, favorecer la creación, consulta, uso y compartición de la información y el conocimiento, y hacer posible que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción del desarrollo sostenible y en la mejora de la calidad de vida.¹⁰⁴

Queremos enfatizar que deben tenerse especialmente en cuenta las cuestiones relacionadas con la accesibilidad de las PCD, ya que necesitan, como cualquiera, alcanzar todos los adelantos y beneficios tecnológicos que se van generando, para lo que precisan tener acceso a todos los adelantos generados en tecnología y comunicación, y, por ende, en la información y el conocimiento.

7. En el mundo actual, podemos decir que las redes sociales son formas de interacción que arrojan un intercambio dinámico entre personas, grupos e instituciones en contextos facilitados por la tecnología, la inmediatez de las comunicaciones y los diversos formatos y utilidades de dichas plataformas, resultando difícil dimensionar el alcance de su impacto y las relaciones que generan.

Las redes tienen aspectos positivos, en cuanto a que facilitan el intercambio y la integración en la construcción de vínculos, para satisfacer necesidades de diversa índole y solucionar problemas, a través del contacto social. Asimismo, se parte de un grado de autonomía de quienes participan, buscando canalizar los aportes de cada uno en logros constructivos y solidarios.

Entre los aspectos negativos, puede generar una construcción “ideal” de la persona, la que no coincide con su verdadera naturaleza,

Cultura (OEI), www.oei.es.

¹⁰⁴ Ver *Informe de la Fase de Ginebra de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, 10-12 de diciembre de 2003, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Documento WSIS-03/GENEVA/9(Rev.1)-S, disponible en: <https://www.itu.int>, e *Informe de la Fase de Túnez de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, 16-18 de noviembre de 2005, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, puesto en conocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° A/60/687).

en la búsqueda de agradar a los demás; por ello, puede generar una excesiva dependencia de la red (la “hiperconectividad”) y del nivel de aprobación o desaprobación a las intervenciones de los actores en esta, por parte del resto; puede dar lugar a actitudes disvaliosas, que reflejen una crisis de valores, además de generar potencialmente un consumo problemático de nuevas tecnologías (cf. art. 2º, Ley Nº 26.934).¹⁰⁵

B. El comercio electrónico¹⁰⁶

En todo este “ecosistema digital” que hemos ido describiendo, la infraestructura de las redes sociales (globalización, avance tecnológico, internet, generaciones 4G y 5G que dotan a la telefonía móvil de mayor velocidad y capacidad de transmisión de datos¹⁰⁷) hace que por la cre-

¹⁰⁵ Van Dijck, José, *La cultura de la conectividad (una historia crítica de las redes sociales)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, especialmente pp. 251-283.

¹⁰⁶ Como señala Astolfo, existen dos modalidades en la materia:

a) B2C o “Business to Consumer” –“del negocio al consumidor”–: es el realizado por empresas comerciales, donde la estrategia que desarrollan tiende a llegar directamente al consumidor final. Los intermediarios *online* son sociedades que facilitan las transacciones entre compradores y vendedores, recibiendo como contraprestación un porcentaje del valor de la operación.

b) El C2C es la abreviatura utilizada en *marketing* para internet que representa la estrategia “Consumer to Consumer”, es decir, “cliente hacia cliente”. Este término es para definir la estrategia de negocio en la red que pretende relacionar comercialmente al usuario final con otro usuario final. De ello se desprende que el objetivo es facilitar la comercialización de productos y/o servicios entre particulares, como por ejemplo E-BAY, OLX, entre otros. Astolfo, Claudia Mariel, “Páginas web como sujetos de la relación de consumo. ‘C2C’. ‘B2C’”, *Diario DPI (dpicuantico.com)*, *Diario Civil y Obligaciones* Nº 118, del 10/07/2017.

¹⁰⁷ Allí la clave es el vínculo entre la “nube” o “cloud computing” –la plataforma de super competitividad digital más allá de internet– y los *smartphones*, la inteligencia móvil de carácter individual. Este es el núcleo del nuevo mecanismo de acumulación global superintensivo e hiperintegrado que emerge a la cabeza del capitalismo del siglo XXI.

Ver Castro, Jorge, “En 2025, el 75 % de la población del mundo tendrá Big Data y 5G y China lidera en el 5G y anticipa el futuro de los negocios”, *Diario Clarín*, Sección Economía del 2 y 23 de junio de 2019, pp. 5 y 9, respectivamente.

ciente velocidad con que se viven las cosas, se consuman y demanden bienes y servicios con mayor celeridad y asiduidad, dando paso a una creciente insatisfacción que alimenta, a su vez, a la sociedad de consumo y al concepto de lo líquido en todos los aspectos de la vida humana.

Surge, así, el aludido ecosistema, en el que confluye la productividad e informatización de la manufactura y los servicios, la innovación a través de *startups*, y la publicidad personalizada merced al *big data*.¹⁰⁸

Como señala Bauman, la “vida líquida” no puede mantener su forma ni su rumbo durante mucho tiempo, lo que a su vez, entre tantos ejemplos, crea una sociedad de consumo insatisfecha en forma permanente, alimentada por la obsolescencia social (producto de esa insatisfacción y ausencia de sentido de la vida) y por la obsolescencia técnica, que plantea permanentemente que todo es mejorable, lo que constituye el motor de la economía orientada al consumidor, quien ya en nuestros días es cada vez más propenso a esa necesidad de aliviar dolores y problemas a través de la ansiedad de consumir como mecanismo para alcanzar la realización personal.¹⁰⁹

Veamos la dinámica de la que se impregna el Derecho del Consumidor ante estos aspectos:

a) El *marketing* digital. Ha experimentado un crecimiento exponencial a través del entorno digital. Desde el punto de vista del oferente, las redes sociales permiten hacer conocer sus propósitos y visión de su actividad, se tiene una relación mucho más personalizada y directa con cada cliente o posible cliente, todo ello con la posibilidad de segmentar la publicidad, de acuerdo con las características de la audiencia, diri-

¹⁰⁸ Debe tenerse en cuenta la evolución en el sector financiero, a través de las *fintech* (las nuevas aplicaciones, procesos, productos o modelos de negocios en la industria de los servicios financieros, puestos a disposición del público vía internet), lo que lleva a la diversificación del sector merced a la banca digital, con acceso al *home banking* y atención virtual a través del *mobile banking* y el cajero automático (ATM). Ver Kantor, Daniel, “Despegó la banca digital”, *Clarín*, Sección Economía del 17 de marzo de 2019.

¹⁰⁹ Bauman, Zygmunt, *Vida Líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2009, pp. 9-25 y 109-153; y *Vida de Consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 43-76; Suárez, Gonzalo, “En el mundo actual todas las ideas de felicidad acaban en una tienda, Entrevista a Zygmunt Bauman”, *Diario El Mundo (España)*, 7/11/2016, <https://www.elmundo.es>.

giendo los esfuerzos hacia aquellos rangos del público que poseen más afinidad con la oferta publicitada.

También permite poder saber más sobre los perfiles y preferencias de cada uno de los clientes que interactúan en las plataformas.¹¹⁰ Las personas comparten sus gustos, deseos y otras informaciones que pueden ser valiosas para las empresas a la hora de acercarse a su objetivo (“target”). Ello genera un procesamiento de información que incluso permite conocer con anterioridad e influir sobre las preferencias de los consumidores, a través de las posibilidades de mecanismos como el *big data*, el que también trabaja sobre la información generada por los diversos contratos de consumo que celebra en el tiempo el consumidor.

Siempre la idea es detectar lo que es relevante para la audiencia, no solo para comprenderla y contactarla mejor desde la necesidad lógica de los consumidores de satisfacer diversas necesidades, sino también para poder tener una mejor posibilidad de vender por todos los canales que la sociedad digital habilita hoy en día, especialmente en las plataformas comerciales digitales. También la publicidad se multiplica a través de los “Ads”, que brindan la posibilidad de crear y exponer los anuncios en todas las redes y plataformas existentes en el entramado digital al que accedemos como usuarios en todo momento.

A la protección constitucional del artículo 42 en la materia, cabe sumar los artículos 1101 a 1103 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), así como el artículo 8º de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), todo ello aplicable a la modalidad que utilice el proveedor en la materia, conforme los medios de comunicación y tecnología disponibles.¹¹¹

¹¹⁰ Se suele señalar que el rastreo y concentración en internet llegó a tal punto que las empresas pueden trazar matrices, desmenuzando inmensas cantidades de datos de las redes, buscadores y sitios *online*, que permiten al instante elaborar tendencias de consumo y perfiles, pudiendo anticipar cuándo, cómo y dónde una persona podría efectuar la compra de un producto, si va a dar de baja un servicio o si tienen previsto cambiar de marca. Ver Kantor, Damián, “Gurúes 2.o.: cuando las marcas saben lo que usted comprará”, *Clarín*, Sección Economía del 21 de mayo de 2017.

¹¹¹ Tanto el art. 8º LDC como el art. 1103 del CCCN, establecen un esquema protectorio tutelando la confianza y la buena fe, produciendo la heterointegración del contrato con las precisiones contenidas en el mensaje publicita-

b) El derecho a la información. Tutelado por el artículo 42 CN, cuenta con la protección del CCCN a través de los artículos 1100, 1106, 1107 y 1111; esto tutela el referido deber del proveedor en aspectos específicos referidos al marco del comercio electrónico (utilización de medios electrónicos e información sobre estos, deber de informar el derecho a la revocación del contrato).

La LDC, en su artículo 4º, prevé que esta debe ser suministrada en forma cierta, clara y detallada, lo que incluye todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización, en un todo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1100 CCCN.¹¹²

Respecto de la comunicación de esta, solo se podrá suplantar el soporte físico a dicho fin, “si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

c) La contratación electrónica. Recuerda Tambussi¹¹³: “el sistema de comercio por medios electrónicos, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. En estos casos, hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se mantiene en el mundo

rio. Por ende, aquellas afirmaciones suficientemente precisas (información publicitaria) se consideran obligaciones que integran la trama contractual y generan el consiguiente deber de prestación [Garrido Cordobera, Lidia; Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual (Directores), *Código Civil y Comercial comentado*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 370-371].

¹¹² Debe tenerse en cuenta también la Resolución N° 104/2005-SCT, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico nacional la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del Mercado Común del Sur, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet; la Resolución N° 906/98-SCIyM, por la cual se adoptan medidas en relación con los textos de los contratos escritos de consumo; y la Resolución N° 915/2017-SC, que establece (entre otras temáticas) los requisitos de las publicidades comerciales en sus diversas modalidades instrumentales.

¹¹³ Tambussi, Carlos, “Mercados Digitales más justos”, *DPI Cuántico*, Diario Consumidores y Usuarios N° 161 del 5/6/2018.

virtual. Podríamos afirmar que no solo se mantiene, sino que se profundiza”¹¹⁴, lo cual marca que el consumidor en general, en el entorno digital que hemos ido describiendo, ve incrementada su vulnerabilidad ante el proveedor, quien a su vez aumenta su preponderancia, ante lo complejo de la *expertise* que demanda la tecnología en estas escalas.

Esto hace que, en el plano supranacional, se generen diversos documentos cuyo contenido tuitivo se proyecta como antecedente sobre la normativa nacional en esta materia.¹¹⁵

Asimismo, el CCCN prevé estipulaciones concretas respecto de la materia (arts. 1104 y siguientes), el que recepta la realidad a través de la cual se desarrollan hoy en día las transacciones de consumo, pero sin descuidar la tutela que constituye el eje axiológico del Derecho del Consumidor.¹¹⁶

A su vez, desde el microsistema del Derecho del Consumidor, nos encontramos con la tutela que la LDC regula en su Capítulo VII (De la venta domiciliaria, por correspondencia y otras), a través –entre otros– de los artículos 33 a 35, de todas las vicisitudes atinentes al comercio electrónico en la relación de consumo, focalizando los aspectos contractuales, teniendo en cuenta las modalidades de este, en el que el consumidor no entra en contacto con el producto sino con lo que

¹¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios”, MicroJuris, Rfcia.: MJ-JU-M-75599-AR.

¹¹⁵ OCDE, Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico, de 1991; Parlamento Europeo, Directiva N° 2000/31 del 8/6/2000; ONU, Directrices para la Protección de los Consumidores, Nueva York y Ginebra, 2016, revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su Resolución N° 70/186, del 22 de diciembre de 2015, punto V. Directrices, Acápites I (Comercio Electrónico), § 63 a § 65.

^{En} materia de Derecho Comparado, mencionamos ejemplificativamente la Ley N° 527 de 1999 de Comercio Electrónico (Colombia); la Ley N° 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (España), y la Ley N° 2002-67 de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (Ecuador).

¹¹⁶ Krieger, Walter F. y Barocelli, Sergio Sebastián, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, Capítulo IV (Relaciones de consumo fuera de establecimientos comerciales y a distancia); Tambussi, Carlos E., *Contratos de Consumo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 99 y sigs.

de él se le ofrece a través de SMS, correos electrónicos, páginas web, etcétera.¹¹⁷

d) Resolución de conflictos *online*. En este marco descrito, existen Servicios de Atención al Cliente que ya no solo se limitan a encuestas o a la atención telefónica, sino que, acorde con los avances tecnológicos, expanden las vías de comunicación con el cliente, no solo con el fin de asesorar, conocer los gustos y fidelizar a este, sino también solucionar mediante la autorregulación los reclamos que aquel pudiere tener sobre los bienes adquiridos o servicios prestados.

En lo que específicamente se refiere a la vía de las redes sociales como medio de comunicación para hacer conocer y solucionar reclamos, la figura del *Social Media* o *Community Manager* (profesional del ámbito del *marketing online* que se encarga de preparar y planificar la estrategia de una marca o empresa en los medios sociales) tiene en las redes un rol estratégico y operativo fundamental. Ello posibilita la oportunidad de buscar y arbitrar acuerdos y mecanismos para la solución de los diferendos que puedan plantearse, de modo rápido y eficaz, entre las partes.

También existe la figura del Defensor del Cliente, creada por Resolución N° 394/2018 de la Secretaría de Comercio, a través de la cual los proveedores adheridos puedan atender, tramitar y, en su caso, resuelvan las quejas y/o reclamos de sus consumidores, relacionados con derechos reconocidos en la Ley N° 24.240 y normas complementarias, en forma simple y expeditiva.¹¹⁸

Con respecto a las instancias de formulación y resolución del reclamo ante la autoridad administrativa competente, el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), creado por Ley N° 26.993, debe brindar la posibilidad de efectuar el trámite pertinente de su instrumentación hasta la celebración de la audien-

¹¹⁷ Ampliar en Tambussi, Carlos E. (Director), *Ley de Defensa del Consumidor*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pp. 228 y sigs.

¹¹⁸ Entre diversos ejemplos temáticos, referenciamos la figura del Responsable de Atención al Usuario Financiero, el cual debe ser designado por cada Entidad Financiera y cuyo listado es publicado por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) en su página web. Asimismo, dicho organismo de contralor dispone de un Centro de Atención al Usuario de Servicios Financieros. Ambas figuras se encuentran previstas en la Comunicación "A" 5388 del 24/1/2013 del BCRA.

cia por medios digitales, con plena accesibilidad de su página web.¹¹⁹ El COPREC intervendrá en los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, cuyo monto no exceda de un valor equivalente al de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos, vitales y móviles (cf. art. 2º).

De lo dicho, se desprende que la accesibilidad a los medios digitales de comunicación de cualquier tipo que ponga a disposición del público en general el proveedor, debe focalizarse no solo en las vías tradicionales, sino en internet.

Todo lo dicho aplica al ámbito de las empresas Licenciatarias y Concesionarias de Servicios Públicos Domiciliarios, y sus Entes Reguladores respectivos, en lo vinculado al área de atención de consultas y presentación y formulación de reclamos por parte de los usuarios en cuestión.

IV. El acceso digital para las PCD en general. Brechas y desigualdades

A. El derecho al desarrollo

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual toda persona y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales, contribuir a ese desarrollo y disfrutar de él.¹²⁰

Para ello es necesario el logro de ciertos objetivos principales, entre los que se destacan:

¹¹⁹ Ver <https://www.argentina.gob.ar/reclamar-un-proveedor-en-el-servicio-de-conciliacion-previa-en-las-relaciones-de-consumo-coprec>.

¹²⁰ Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, proclamada por la Asamblea General en su Resolución N° 2.542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, artículo 10.

- el logro de los más altos niveles de salud y la prestación de servicios de protección sanitaria para toda la población, de ser posible en forma gratuita; y

- la eliminación del analfabetismo y la garantía del derecho al acceso universal a la cultura, a la enseñanza obligatoria gratuita al nivel primario y a la enseñanza gratuita a todos los niveles; la elevación del nivel general de la educación a lo largo de la vida.

Como vemos, el acceso universal a la salud y a la educación es fundamental, a su vez, para la obtención de empleo y la posibilidad consecuente de lograr un bienestar que potencie el desarrollo pleno de la persona en general.

Ello tiene su correlato en el documento “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”¹²¹, que establece 17 objetivos con metas para el logro del desarrollo sostenible. De estos queremos destacar, vinculados a la temática en análisis, los siguientes:

a) el Objetivo 3 persigue “Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”.

b) el Objetivo 4 busca “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”.

Como vemos, indudablemente es parte del derecho al desarrollo lograr una cobertura de salud y el acceso a la educación para todos los seres humanos, pero más aún para aquellas personas en situación de vulnerabilidad, como las PCD y especialmente para los niños en situación desventajosa desde lo económico y social.¹²²

Ello, a su vez, permite acceder con mayores posibilidades al mercado laboral, para obtener recursos propios, y que las PCD puedan transaccionar en el mercado como consumidores.¹²³

¹²¹ Documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, aprobado por Resolución N° A/69/L.85 de la Asamblea de la ONU del 12 de agosto de 2015.

¹²² Por ello son importantes los artículos 24, 25, 27 y 28 de la CDPCD, que garantizan el derecho a la educación, salud, trabajo y a un nivel de vida adecuado, respectivamente.

¹²³ Ver Harari, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Buenos Aires, Debate, 2018, pp. 96-104.

B. La realidad

Pero una mirada a la situación real muestra otras perspectivas y resultados. Como da cuenta, a título de ejemplo, el Informe Mundial de la Discapacidad, los “obstáculos discapacitantes” contribuyen a las desventajas que experimentan las personas con discapacidad. Ellos se evidencian en el hecho de que las PCD tienen peores niveles de salud que la población general; les resulta más costoso ingresar en la escuela, permanecer en ella y superar los cursos sucesivos; tienen más probabilidades de estar desempleadas, y, generalmente, ganan menos cuando trabajan, todo ello acompañado de tasas más altas de desempleo y pobreza.¹²⁴ Se hace perentorio, entonces, establecer una sociedad inclusiva y favorable para el progreso de las personas con discapacidad. Los Estados deben hacer un esfuerzo y aporte esencial e importante en tal sentido.¹²⁵

C. El acceso a internet. La brecha digital

Manuel Muñiz¹²⁶ afirma que, en los últimos tiempos, se ha producido una clara concentración del talento tecnológico más sofisticado en lugares geográficos muy concretos. Estos movimientos están produciendo una grave fractura social a través de la transformación tecnológica, de la cual resulta la segregación del mundo en dos espacios económicos cada día más claramente definidos.

Es fundamental el acceso a internet para toda la población, pero mucho más para las PCD. Así podrán informarse, operar y contactarse en el sistema digital para una multiplicidad de finalidades, entre las cuales están las vinculadas con la información, asesoramiento, consul-

¹²⁴ OMS y BIRF, *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, OMS, 2011, pp. 11-12; Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Facultad de Ciencias Médicas), *Situación Mundial de la Discapacidad*, OPS, 2013.

¹²⁵ Ver A/RES/48/96 del 4 de marzo de 1994, emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”.

¹²⁶ Muñiz, Manuel, “Tecnología y Orden Global”, *Diario El País*, Sección Tribunal, 28 de diciembre de 2018.

ta, adquisición y posterior y eventual reclamo sobre bienes o servicios requeridos.

En ese sentido, cabe recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que ha profundizado el análisis acerca del potencial que tiene la libertad de expresión –entendida como el derecho a buscar, recibir y difundir información– y la realización de otros Derechos Humanos como el derecho a la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar del progreso científico y tecnológico.

Señala que las obligaciones concretas que tienen los Estados para asegurar el disfrute efectivo y universal del derecho a la libertad de expresión refieren a “la adopción de medidas positivas de reducción de la brecha existente en el acceso a las plataformas, la infraestructura y tecnologías sobre las que circula la información”, en especial para las PCD.¹²⁷

En estos términos, es crítico para los sectores vulnerables asegurar el disfrute efectivo y universal del acceso a internet. Es innegable que las PCD acumulan desventajas económicas, culturales y psicológicas que contribuyen a ahondar la brecha digital.

Debe tenerse en cuenta al respecto que la denominada “brecha digital” no solamente está relacionada con la disponibilidad del acceso a internet, sino también con la calidad, la información y los conocimientos técnicos necesarios para que el acceso a internet sea útil y provechoso para los usuarios.¹²⁸

En este sentido, la CIDH recomienda “promover el acceso y uso de medios y tecnologías digitales para que también las personas en situación de pobreza puedan difundir sus propios contenidos y recibir contenidos relevantes”, así como “cerrar progresivamente la brecha digital existente entre la población con acceso a las tecnologías digitales y los sectores que aún no la tienen, sobre todo en términos de acceso a internet y telefonía móvil”.¹²⁹

¹²⁷ CIDH, “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”, Documento Oficial 147, del 7 septiembre 2017 (OEA/Ser.L/V/II.164), 2017, puntos 95, 250, 251 y 252, notas 297 y 298.

¹²⁸ *Ibíd.*, puntos 254 y 255.

¹²⁹ *Ibíd.*, Capítulo Recomendaciones, Recomendación n. 7, p. 197.

D. La inclusión digital

Las aspiraciones y los escenarios necesarios para desarrollar una sociedad digital, moderna y eficiente, en la que todos puedan efectivamente hacer uso de los recursos y acceder a la conectividad necesaria para mejorar sus metas de progreso y calidad de vida, requieren de una serie de ideas que, conjugadas de modo lógico y efectivo, le permitan a la población desenvolverse con plenitud en la era moderna de las TIC.¹³⁰

¿Qué implica hablar mínimamente de “inclusión digital” desde una perspectiva social?

Implica poder acceder a: a) los dispositivos a través de los cuales se produce la conexión a internet (computadoras, tablets o smartphones); internet para obtener contenidos de toda índole, comunicarse e interactuar de múltiples formas, realizar todas las aplicaciones, operativos, transacciones, trámites y vías de intercambio habilitadas, tanto en el sector privado (generando desafíos para el Derecho del Consumidor) como en el público (E-Government); un umbral de conocimientos y experiencia que le permita al usuario poder comprender la importancia de contar con estas herramientas, aprender el sentido y utilidad de cada uno de los componentes, y, sobre todo, estar “alfabetizado digitalmente”.¹³¹

En suma, si la PCD sufre una “doble falta de inclusión”, determinada por carecer de los medios suficientes para satisfacer sus necesidades fundamentales y, asimismo, no puede ser actor en las relaciones de consumo en los entornos digitales, nos encontramos ante un grave problema, pues esta falta de accesibilidad se constituye en una importante barrera para la inclusión y participación de las PCD en las dinámicas comerciales modernas.

¹³⁰ Para la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la inclusión digital significa el empoderamiento de las personas a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Las actividades comprendidas en las políticas públicas en materia de inclusión digital están diseñadas para promover la accesibilidad de las TIC y su utilización en pos del desarrollo social y económico de las personas en general y, con mayor énfasis, de las PCD, <https://www.itu.int/es/ITU-D/Digital-Inclusion/Pages/default.aspx>.

¹³¹ Ver reportaje a Ignacio Ramonet por Cardozo, Oscar Raúl, “Por sí misma, Internet no cambia el mundo”, *Clarín* del 8 de junio de 2001.

Parte Especial

I. Notas generales sobre la accesibilidad

En función de las barreras producto de la actitud y el entorno social, que impiden la plena y efectiva participación de la PCD en todos los quehaceres sociales en un marco de igualdad (cf. CDPCD, Preámbulo, inciso e y art. 1º, segundo párrafo), la accesibilidad juega un papel fundamental a los fines de lograr el propósito de la CDPCD, cual es el pleno goce y en condiciones de igualdad de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, respetando la dignidad inherente de las PCD.

En ese marco, la accesibilidad asume un rol fundamental para lograr dicho cometido, siendo uno de los principios generales de la CDPCD (art. 3º, inc. f).

A través de los ajustes razonables y el diseño universal (art. 2º) se posibilita y se garantiza el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que los demás, de los derechos y libertades aludidos.¹³²

De este modo, se predica la accesibilidad como cualidad que enfatiza, ya sea el fácil acceso o la clara inteligibilidad y comprensión para que cualquier persona (incluso aquellas con dificultades en la movilidad, la comunicación, el entendimiento o el acceso a la información) pueda llegar e ingresar a un lugar, desplazarse por este, comunicarse y, en el marco del Derecho del Consumidor, poder requerir bienes o servicios, incluso a través de entornos digitales.

¹³² Debe tenerse en cuenta que entre las definiciones proporcionadas por el art. 2º (Definiciones) de la CDPCD, se encuentran la de “ajustes razonables” (modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales) y la de diseño universal (diseño de productos, entornos, programas, y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado). Dicho diseño universal no excluirá en ningún caso las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

A tal fin, las estrategias y medidas pertinentes para lograr estos objetivos conforman un compromiso que los Estados deben adoptar para que las PCD puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.¹³³

Dicho compromiso y estrategias se detallan en el artículo 9º CDPCD y esencialmente remiten al aseguramiento del acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluyendo los sistemas y tecnologías de la información, dejando así plena constancia, apuntando al objetivo de nuestro trabajo, de la mirada dinámica con que debe abordarse la accesibilidad, atento la creciente tecnologización de las relaciones entre proveedores y consumidores en el marco de los entornos digitales que transforman cada vez más rápido la interrelación social.

Lo dicho remite a una serie de facetas vinculadas a la accesibilidad: arquitectónica, urbanística, la relacionada con el transporte, todo ello junto con la accesibilidad en la comunicación y la accesibilidad tecnológica.

Esta última, que nos interesa especialmente, es la facilidad de acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, en especial, en lo referido a los medios electrónicos y digitales, conformando una verdadera “accesibilidad digital”, imprescindible en el contexto moderno de desarrollo de la tecnología que nos rodea.

La accesibilidad es también universal pues se concibe como aquella condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad, comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Actualmente, la accesibilidad ha dejado de ser sinónimo de supresión de barreras físicas para adoptar una dimensión preventiva y amplia, generalizable a todo tipo de espacios, productos y servicios.¹³⁴

¹³³ El art. 4º, inciso g) de la CDPCD establece el compromiso de los Estados para “Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible”.

¹³⁴ Por ello se concibe a la accesibilidad como “categoría relacional”, ya que no se focaliza en una dimensión aislada, sino que se refiere al encuentro de la

Por otra parte, se trata de una variable fundamental para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, convirtiéndose paulatinamente en un requisito fundamental para la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos.

En función de ello, se debe considerar que la accesibilidad es un derecho de la persona y, como tal, debe ser tratado para conseguir la equiparación de oportunidades. Asimismo, la persona tiene derecho a la autonomía y la movilidad personal, como correspondencia al logro de una vida plenamente independiente. Por ello reiteramos que la accesibilidad es uno de los principios generales de la CDPCD, atento la importancia como vía al pleno desarrollo de la persona.

Ello se evidencia claramente en la necesidad que plantea el mundo de hoy de tener acceso al uso de la tecnología, para poder alcanzar el estatus de “consumidor” y poder informarse¹³⁵, comunicarse¹³⁶ y ser así parte de la relación de consumo y contratos de dicha naturaleza celebrados en consecuencia, y poder formular consultas y reclamos y seguir su resolución en el entorno digital, como ya hemos visto en la Parte General del presente trabajo.

Acceder al contexto digital, y poder utilizarlo como herramienta de comunicación (v. gr., internet¹³⁷), aparece hoy como prioritario para

persona con un entorno accesible en sus múltiples dimensiones, de las cuales aquí resaltamos la referida a la accesibilidad digital.

¹³⁵ Ver Cames, Y. *et al.*, “El concepto de accesibilidad: la perspectiva relacional entre población y servicios”, *Anuario de Investigaciones*, Vol. 14, Buenos Aires, Secretaría de Investigaciones, Facultad de Psicología, UBA, 2006.

¹³⁵ La accesibilidad a la información se evidencia en la CDPCD, a título ejemplificativo, en su Preámbulo, inc. v); arts. 4º, incs. g) y h); 9º, punto 1. y punto 2., incs. f), g) y h); 21 (Acceso a la Información).

¹³⁶ Los productos de apoyo para la comunicación incluyen recursos tecnológicos, como los comunicadores de habla artificial o los ordenadores personales y *tablets* con programas especiales, que permiten diferentes formas de acceso adaptadas algunas para personas con movilidad muy reducida.

¹³⁶ Sobre la accesibilidad a la comunicación ver CDPCD, Preámbulo, inc. v); arts. 2º, 9º, 21, 24, puntos 3 y 4.

¹³⁷ El acceso a internet está presente en la CDPCD como la principal herramienta de acceso a las más modernas vías de comunicación, a través de las prescripciones contenidas en los arts. 9º, inciso g) y 21, incisos c) y d). Ampliar en Coriat, Silvia Aurora, *Lo Urbano y lo Humano - Hábitat y Discapacidad*,

preservar el desarrollo de la persona y su inclusión en todos los órdenes de las actividades sociales.

Por ello, las herramientas digitales se presentan como una oportunidad inexcusable para la inclusión social de los colectivos vulnerables como las PCD¹³⁸, ayudando a derribar las barreras propias del entorno que impiden su participación en sociedad.

Al mismo tiempo, no debemos dejar de lado que los derechos del consumidor y la posibilidad de ejercerlos plenamente nos involucra a todos, por lo que se deben arbitrar las medidas necesarias tendientes a propender a la integración y la inserción de las personas con discapacidad.

II. ¿Cómo se construye accesibilidad?

Es sustancial que el Estado, a través de la implementación de políticas públicas generadas desde la participación activa que han ido teniendo en forma creciente las PCD, comprenda y aborde sus problemáticas, a fin de darle solución o mejorar las condiciones de vida de estas, orientando la acción pública a dar respuestas concretas en ese sentido. Las políticas de dicha naturaleza se plasman en programas y planes de acción, con un objetivo concreto, y todo ello sujeto a revisión para su optimización.

Esto debe implicar la existencia de un compromiso de la sociedad toda, el sector privado y el propio Estado en tomar conciencia de las barreras que inciden en forma negativa en el desarrollo de las PCD, gestar cambios culturales y actitudinales que faciliten la accesibilidad como manera de superar dichas barreras, y principalmente, cumplir todos con las normas que han plasmado las políticas públicas en materia de discapacidad, asumiendo especialmente el sector privado con madurez y compromiso las conductas debidas que le corresponden.

España, Universidad de Palermo, 2002, pp. 171 y sigs.

¹³⁸ Sobre la identificación de las personas con discapacidad como consumidores y usuarios hipervulnerables consultar: Pacevicius, Iván Vladimir y Suárez, Enrique Luis, “Las personas con discapacidad como usuarios hipervulnerables: la situación de los electrodependientes por cuestiones de salud”, en Barocelli, Sergio Sebastián (Dir.), *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires, El Derecho, 2018, pp. 90 y sigs.

De allí que se hable de la “producción de accesibilidad”, lo que abarca no solo la incidencia en políticas públicas de ONG vinculadas al sector, o la propia gestión estatal o del sector privado en el ámbito de la responsabilidad social empresaria, que pueden ser acciones gestadas por separado y en carriles sectoriales individuales.

También implica articular redes de colaboración, compartiendo experiencias, visiones y puntos de vista. Quienes se encuentran a cargo de los aspectos estratégicos y programáticos de la definición y armado de políticas públicas concretas para la discapacidad, deben dialogar con quienes sufren las barreras en la vida diaria y con quienes son responsables de su generación.

Eso facilita la producción de accesibilidad como construcción colectiva social. Se genera una cadena de accesibilidad, en la que todos los eslabones deben participar y cumplir con su rol, evitando así que se frustre la producción de accesibilidad.

Como ya hemos dicho, las facetas o dimensiones de la accesibilidad abarcan la accesibilidad comunicacional, que incluye la modalidad virtual. Allí se inscribe en el contexto explicado en la primera parte del presente, la accesibilidad digital, dentro de la cual la accesibilidad web es una de sus principales manifestaciones.

Las políticas públicas que se implementen en dicho ámbito, vinculadas al ámbito de la defensa del consumidor, como hemos señalado, garantizan el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales para las PCD, removiendo obstáculos que impiden una calidad de vida plena para todos los habitantes.

Las barreras a la comunicación y al entorno –físico, social y digital, entre otros– hacen, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al “nuevo” concepto de la discapacidad que, en consonancia con la filosofía del “modelo social”, es definida como “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (CDPCD, Preámbulo, inc. e).¹³⁹

En definitiva, estamos ante decisiones gestadas desde el ámbito estatal frente a disconformidades y necesidades sociales, que buscan

¹³⁹ Palacios, ob. cit., p. 322.

solucionar problemas que se suscitan en el plano público y colectivo, beneficiando a toda la sociedad.

III. Gestar accesibilidad: tecnología y calidad de vida de las PCD

Los avances tecnológicos, sin duda, modifican positivamente la vida cotidiana de las PCD, optimizando sustancialmente su accesibilidad, independencia, calidad de vida e interacción social, mejorando la posibilidad de inclusión social y de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

La accesibilidad digital de las PCD constituye un principio fundamental para ubicarlas en pie de igualdad, y puede aportar incontables ventajas y nuevas oportunidades para ellas. Las nuevas herramientas digitales han aportado nuevos elementos que permiten eliminar/reducir las barreras del entorno para que las PCD puedan desarrollarse como agentes productivos y, de este modo, mejorar su calidad de vida.

En este sentido, resulta fundamental reconocer el empleo de las tecnologías digitales en el sistema de apoyos de las PCD, lo que implica dotar de igualdad y equidad de acceso a los derechos, y en materia de los derechos del consumidor, a los productos y servicios disponibles para todos los habitantes.

Sin perjuicio de ello, se debe distinguir entre el invento y creación de la idea o técnica aplicada, y la puesta a disposición y posibilidad concreta de acceder a tecnologías inclusivas por parte de las PCD, ya que ello muchas veces está condicionado por su costo, sin perjuicio de lo cual, no debe perderse de vista lo positivo de dichos adelantos y la creciente vinculación de lo digital con las necesidades de las PCD.

IV. Accesibilidad web para personas con discapacidad visual

A. Introducción¹⁴⁰

Profundizado lo tratado hasta aquí, nos proponemos identificar los canales formales dispuestos por el Estado para el goce efectivo al derecho a la accesibilidad al entorno digital por parte de las PCD.

Nos enfocaremos en especial en la accesibilidad a la información en páginas web para las personas con discapacidad visual (con ceguera o con bajo nivel de visión) y la consiguiente posibilidad para ellas de actuar como consumidores en los contextos señalados, sin dejar de considerar que la accesibilidad específica señalada tiene como receptores a todas las PCD.

La accesibilidad web (en adelante, AW) tiene como objetivo general lograr que las páginas web sean utilizables por el máximo número de personas, independientemente de sus conocimientos o capacidades personales e independientemente de las características técnicas del equipo utilizado para acceder a la web, a fin de que esta sea universal y accesible por cualquier persona.

Al hablar entonces de AW, se hace referencia a un diseño web que va a permitir que todas las personas (incluyendo las PCD) puedan percibir, entender, navegar e interactuar con la web, aportando a su vez contenidos. La accesibilidad web también beneficia a otros grupos vulnerables, como los adultos mayores, que han visto mermadas sus habilidades a consecuencia de la edad.

La AW debe atender, entre otros aspectos, a la “interacción con las interfaces” (los menús, barras de navegación y botones deben ser accesibles desde una variedad de terminales adaptadas) y al “acceso a los contenidos”, conforme las necesidades específicas de cada tipo de discapacidad.

Nos interesa que se instrumente efectivamente la AW para personas con discapacidad visual (con ceguera o bajo nivel de visión), ya que

¹⁴⁰ En este punto, hemos seguido los contenidos que brinda la Universidad de Alicante, España, <https://www.ua.es>, en todo lo referido a la accesibilidad web, <http://accesibilidadweb.dlsi.ua.es>.

resulta imprescindible para ellas la efectiva implementación de la AW para una mejor comunicación y normal desempeño de estas en las relaciones de consumo, interactuando en medios digitales con todos los avances tecnológicos disponibles.¹⁴¹

Ello implica hablar de un sitio web accesible que debe ser: a) transformable (la información y los servicios deben ser accesibles para todos y deben poder ser utilizados con todos los dispositivos de navegación); b) comprensible (estar dotado de contenidos claros y simples) y c) navegable con mecanismos sencillos.

Algunas tecnologías de apoyo que pueden usarse en ese caso para navegar por la web pueden contemplar, entre otras posibilidades:

- Un programa lector de pantalla, que lea, usando síntesis de voz, los elementos que se muestran en el monitor o todo lo que está pasando en el PC (de gran utilidad para los usuarios ciegos y de visión reducida).

- El mecanismo de “líneas braille”, que consiste en dispositivo *hardware* que convierte el texto en caracteres braille.

- Un programa magnificador de pantalla que amplía lo que se muestra en el monitor de la computadora, haciéndolo más fácil de leer para los usuarios de visión reducida.

El máximo organismo que se encarga de promover la accesibilidad es el W3C, en especial su grupo de trabajo WAI. El World Wide Web Consortium (W3C) es un consorcio internacional que genera recomendaciones y estándares que aseguran el crecimiento de la World Wide Web (www) a largo plazo.¹⁴²

¹⁴¹ Según consigna la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cifra estimada de personas con discapacidad visual a nivel mundial es de 253 millones: 36 millones con ceguera y 217 millones con discapacidad visual moderada a grave. El 81 % de las personas con ceguera o discapacidad visual moderada a grave son mayores de 50 años y más del 80 % del total mundial de casos de discapacidad visual se pueden evitar o curar. De acuerdo con el grado de limitación de la visión, se suele distinguir entre personas ciegas, que no obtienen información a través del canal visual; y personas con disminución visual, quienes en cambio sí la adquieren mediante dicho canal. Ver *Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud* (CIE, 10^a Revisión de 2009). Edición Original: Ginebra, OMS, 1992.

¹⁴² Ver <https://www.w3.org>.

A su vez, la Web Accessibility Initiative (WAI), o Iniciativa para la Accesibilidad Web, es una rama del W3C que vela por la accesibilidad de la web y publica las “Guías de Accesibilidad al Contenido Web”.¹⁴³ La idea general del WAI es crear una serie de reglas claras que determinen el grado de accesibilidad, estableciendo niveles que correspondan a criterios mínimos de accesibilidad, extendidos, y accesibilidad máxima (denominados A, AA y AAA, respectivamente).

¿Cuáles son las ventajas de implementar la AW tanto en el sector público y especialmente en el sector privado, con el fin de posibilitar el desempeño de las PCD en general como usuarias y consumidoras?

- Incrementa la cuota de mercado y audiencia de la web, al implementar una mayor posibilidad de uso para todo tipo de usuarios, mejorando el conocimiento de los resultados en los buscadores y el espectro de impacto del marketing digital, así como el acceso a los contenidos web a grupos vulnerables como PCD y adultos mayores, disminuyendo la brecha digital.

- Mejora la eficiencia y el tiempo de respuesta con el usuario, reduciendo los costos de desarrollo y mantenimiento, y mejora el motor de búsqueda del sitio.

- Demuestra responsabilidad social por parte del proveedor, reforzando positivamente su imagen y prestigio empresarial, diferenciándose así de la competencia y llegando a una porción más importante de la población, amén de cumplir con las normativas vigentes en materia de accesibilidad web en cada jurisdicción.

- En definitiva, puede decirse que la implementación de la AW por parte del sector privado aumenta la productividad, crecimiento y empleo, y mejora las herramientas de información y comunicación.

- Respecto del sector público, la introducción de la AW permite que las PCD puedan interconectar con mayor facilidad con reparticiones estatales, no solo para realizar gestiones y trámites a nivel general, sino (en su carácter de consumidores y usuarios) para poder formular consultas, quejas y reclamos, así como sustanciar procedimientos de

¹⁴³ Son un conjunto de directrices que especifican cómo hacer el contenido web más accesible, especialmente a personas con discapacidades, pero también a otros agentes, dispositivos con altas limitaciones, como ser algunos teléfonos celulares.

conciliación y resolución de conflictos en el ámbito de la defensa del consumidor, haciendo un seguimiento del procedimiento en trámite.

B. Normativa sobre accesibilidad web

B.1) Derecho Internacional

Podemos señalar de modo indicativo, en el marco de lo que se considera *soft law*:

- El Informe sobre la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), aprobado por resolución de la Asamblea General de la ONU del 15 de marzo de 2006, pone el acento en la necesidad de promover el acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a las TIC, y especialmente el diseño universal y las tecnologías auxiliares para todos, con atención especial a los discapacitados, con el objeto de reducir la brecha digital a fin de crear oportunidades digitales para todos y beneficiarse del potencial que brindan las TIC para el desarrollo.

Se pone una especial atención en que en cada Estado Parte de la UIT se satisfagan las necesidades que suscita la Sociedad de la Información respecto de las PCD.

- En el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005¹⁴⁴, se toma debida nota de la importancia que asume en el mundo actual contar con los recursos tecnológicos adecuados y propender al acceso de la información y las comunicaciones, tanto en una dimensión estadual, a fin de alcanzar un desarrollo sostenible para los países, como en el plano social, para que contar con dichos instrumentos permita el desarrollo pleno del individuo.

- Concordantemente, los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), integrantes de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, resaltan la importancia de:

¹⁴⁴ *Declaración del Milenio*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2000 (A/RES/55/2), disponible en <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

a) Mejorar el uso de la tecnología, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de la población.¹⁴⁵

b) Aumentar significativamente el acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones y esforzarse por proporcionar acceso universal y asequible a internet en los países menos adelantados para el año 2020.

c) Garantizar el acceso público a la información.

B.2) Derecho Supranacional

Debemos señalar, en primer término, todas las referencias al tema contenidas en la CDPCD, y que a su vez receptan los derechos reconocidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, integrantes del Bloque de Constitucionalidad en virtud del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (CN).

Nos parece de interés mencionar la Resolución N° Mercosur/GMC/RES. 37/19 (Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico), que se refiere a lo largo de su texto a todos los contenidos y mecanismos de interacción por vía de los medios técnicos aplicables, que deben estar disponibles para el consumidor en materia de comercio electrónico.

Ello supone un acceso web acorde para que las PCD puedan interactuar en igualdad de condiciones que el resto en la temática.

En particular, en su artículo 8° se dispone: “Los Estados Partes propiciarán que los proveedores adopten mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo, a fin de que los consumidores puedan obtener satisfacción a sus reclamos”.

¹⁴⁵ Objetivo 5 (Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas), punto 5.b.

B.3) Derecho Comparado

B.3.1. Unión Europea¹⁴⁶

Con carácter indicativo, puede mencionarse:

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 21, prohíbe toda discriminación por discapacidad, y reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad (art. 26).

- En diciembre de 1999, la Comisión Europea puso en marcha la iniciativa “eEurope: una sociedad de la información para todos”, en la que se propone acelerar la transición de Europa hacia una economía basada en el conocimiento y llevar los beneficios de la sociedad de la información a todos los europeos. Se establece como objetivo que el diseño y el contenido de todos los sitios públicos de internet sean accesibles a los discapacitados.

- En junio de 2000, el Consejo Europeo aprueba un plan de acción, declarando que las páginas web del sector público y su contenido, en los Estados Miembros y las instituciones europeas, deben diseñarse de manera que sean accesibles, a fin de que los ciudadanos con discapacidades puedan acceder a ellas.

- En septiembre de 2005, la Comisión Europea aprobó la comunicación “La accesibilidad electrónica”, en la que se promueve como objetivo lograr un enfoque coherente de las iniciativas relacionadas con la accesibilidad electrónica en los Estados Miembros de manera voluntaria. Se recomienda fomentar el cumplimiento de las pautas WAI en todas las jurisdicciones.

- La “Declaración Ministerial de Riga” (2006), un documento interesante.

En el marco de una sociedad de la información (SI) inclusiva y libre de barreras, diferencia la “inclusión digital” o e-inclusión de la “e-accesibilidad”.

¹⁴⁶ Ver <http://accesibilidadweb.dlsi.ua.es/?menu=union-europea>.

La primera tiene un doble significado. En primer lugar, íntimamente relacionado con el concepto de “brecha digital”, la e-inclusión persigue superar las barreras en la comercialización de productos y servicios de las TIC, proponiendo las políticas públicas necesarias para un desarrollo de la SI sin exclusiones por razón de discapacidad. En segundo lugar, la e-inclusión hace referencia a que se aprovechen las TIC para eliminar los obstáculos que limitan o impiden la participación de las personas en la economía y en la sociedad de la información.

La e-accesibilidad es un concepto más instrumental, que tiene que ver con las directrices que deben de seguir sitios web y otros medios de la SI para que sean “accesibles” por todo tipo de colectivos.

Desde la e-inclusión se propone luchar contra la discriminación, en particular de los adultos mayores y las PCD, partiendo de la brecha digital que aquella provoca, por lo que se debe promover que la totalidad de los sitios web públicos sean accesibles, cumpliendo con las pautas y estándares del W3C.

- La “Agenda digital para Europa”, documento de la Comisión Europea (2010), plantea el reto de posibilitar que las PCD que tengan especiales dificultades a la hora de disfrutar de los nuevos contenidos y servicios electrónicos, puedan contar con mayor capacitación y accesibilidad digital para poder realizar cada vez más tareas cotidianas en línea.

- La Directiva UE N° 2016/2102 del Parlamento y del Consejo Europeo sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, tiene como objetivo garantizar que los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público sean más accesibles, al basarse en requisitos comunes de accesibilidad para todos los miembros de la UE, ya que en la actualidad existen diferencias entre los Estados Miembros con respecto a las normativas y especificaciones sobre accesibilidad.

Con la uniformidad de estándares en todas las jurisdicciones, los ciudadanos no solo se beneficiarían de un acceso más amplio a los servicios del sector público mediante sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles, sino que también obtendrían servicios e información que facilitarían su vida diaria y el disfrute de sus derechos en toda la Unión.

- La “Aplicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad” (Resolución del Parlamento Europeo, del 30 de noviembre de 2017) recoge la preocupación del Parlamento Europeo surgida al constatar que el cumplimiento de la Directiva UE N° 2016/2102 consiste en una

autoevaluación efectuada por la industria y los Estados Miembros, excluyendo un organismo independiente, por lo que recomienda elaborar procedimientos de seguimiento del cumplimiento de esta.

- Por último, la Directiva UE N° 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, enfatiza que se deben tener en cuenta las necesidades de las PCD, y persigue contribuir al correcto funcionamiento del mercado interno mediante la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados Miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad exigibles a determinados productos y servicios, en particular, eliminando y evitando los obstáculos a la libre circulación de productos y servicios derivados de las divergencias en los requisitos de accesibilidad en los Estados Miembros.

Se aplica a equipos informáticos de uso general de consumo y sistemas operativos para dichos equipos.

B.3.2. España

- Cabe mencionar el Real Decreto Legislativo N° 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 289 del 3/12/2013).

Este garantiza la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal en el ámbito de las telecomunicaciones y la sociedad de la información.

El artículo 22 es de singular importancia, ya que consagra que las PCD tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos de las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones.

- El Real Decreto N° 1.112/2018, del 7 de septiembre de 2018 (BOE 227 del 19/9/2018), a fin de cumplimentar la Directiva UE N° 2016/2102, recoge los aspectos relativos a los requisitos mínimos de accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, adoptando las medidas necesarias para cumplir con las disposiciones de la Directiva aludida, y seguir garantizando que la accesibilidad y no discriminación, en general y especialmente de las personas

con discapacidad en sus relaciones con el sector público, sean reales y efectivas.

A tal efecto, se establece el sistema a través del cual los usuarios podrán comunicar incumplimientos del sitio web.

Asimismo, se establecen los criterios de accesibilidad aplicables a los sitios web, mediante la adecuación de su normativa específica a lo establecido en este real decreto.

B.3.3. Chile

La Guía para Desarrollo de Sitios Web - Versión 2¹⁴⁷ ha sido elaborada por el Ministerio de Economía a través de la Secretaría Ejecutiva de la Estrategia Digital como un apoyo a las directrices emanadas del Decreto Supremo N° 100/2006, de la Secretaría General de la Presidencia¹⁴⁸, que fija estándares de calidad a los sitios web del Gobierno de Chile.

El mencionado decreto –entre otros aspectos– tiene como objetivo determinar las características mínimas obligatorias que deben cumplir los sitios web de los órganos de la Administración del Estado.

La norma establece que dichos sitios sean desarrollados para garantizar la disponibilidad y la accesibilidad de la información, así como el debido resguardo a los derechos de los titulares de datos personales, asegurando al mismo tiempo la interoperabilidad de los contenidos, funciones y prestaciones ofrecidas por la respectiva institución.

En particular, se hace referencia a la Guía para la accesibilidad de discapacitados en los sitios web de la Administración del Estado, la cual ofrece toda la información necesaria para dar cumplimiento a los principios que permitirán que el sitio web sea utilizado por personas con discapacidad.

¹⁴⁷ Ver www.guiaweb.gob.cl.

¹⁴⁸ Derogado por Decreto Supremo del 14 de enero de 2014, que modifica el Decreto N° 181/2002, que aprueba el reglamento de la Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y la Certificación de dicha Firma.

B.3.4. Perú

La Ley N° 29.973 y su reglamento (Ley General de la Persona con Discapacidad) contienen diversas disposiciones relacionadas con la materia en trato.

El Estado garantiza un entorno propicio, accesible y equitativo para el pleno disfrute de todos los derechos sin discriminación, siendo la accesibilidad uno de los principios rectores de las políticas y programas del Estado (arts. 3.1. y 4º, inciso f).

El artículo 23 de la ley se refiere a la accesibilidad en las tecnologías de la información y la comunicación. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en coordinación con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), debe promover el acceso de la persona con discapacidad a las tecnologías de la información y la comunicación, incluida internet.

Es dable señalar que la Ley N° 28.530 se refiere a la promoción de acceso a internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de internet, declarando dicha promoción de interés social. Los organismos y autoridades competentes, de manera coordinada, deben promover, fomentar, capacitar y educar a la población con discapacidad en materias y actividades relacionadas con el acceso y uso de internet (arts. 1º y 2º).

En lo referido a la adecuación de portales y páginas web, el artículo 3º prevé que las entidades públicas y las universidades deben incorporar en sus páginas web o portales de internet opciones de acceso para que las personas con discapacidad puedan acceder a la información que contienen. Además, las personas naturales o jurídicas privadas que presten servicios de información al consumidor y otros servicios a través de páginas web o portales de internet deben incorporar en ellas opciones de acceso para personas con discapacidad.

Finalmente, cabe destacar que la Resolución Ministerial N° 126-2009-PCM aprueba los “Lineamientos para accesibilidad a páginas web y aplicaciones para telefonía móvil para instituciones públicas del Sistema Nacional de Informática”. El documento es una recopilación de una serie de documentos sobre técnicas para la creación de contenidos web accesibles, basados en directivas de la W3C.

B.3.5. Otros

En Bolivia no existe una ley que obligue a que los sitios web sean accesibles, pero se ha dictado la Guía de estandarización para sitios web, en la que el capítulo 2 se dedica a la accesibilidad web. Esta tiene como objeto emitir ciertas pautas para el desarrollo de sitios web gubernamentales, mediante las cuales se puedan asegurar que estos contengan información relevante, confiable, accesible y que cumplan con los preceptos en cuanto a su diseño e interfaz, para concretar de manera eficiente y eficaz su objetivo.

Por último, señalamos que en Uruguay no existe una ley que obligue a que los sitios web sean accesibles, pero se ha dictado una Guía para diseño e implementación de Portales Estatales (2009), en la que el capítulo 3 se dedica a la accesibilidad web, estableciendo los Criterios de accesibilidad para los portales de Gobierno.

En ese sentido, para lograr desarrollar páginas con contenidos accesibles, deberán seguirse las directrices establecidas en las Pautas de accesibilidad de contenido web desarrolladas por W3C.

B.4) Derecho Nacional

B.4.1. Marco Normativo General

El derecho a la accesibilidad para las PCD, y en particular la accesibilidad web, se encuentra reconocido en numerosos instrumentos jurídicos.

1. En primer lugar, la Constitución Nacional (CN) en su artículo 75 ordena “legislar y promover” acciones positivas que garanticen la “igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos”, destinadas en particular a las personas con discapacidad, entre otros grupos vulnerables.

Dicha manda constitucional encuentra recepción, en primer lugar, en lo pertinente, en los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad del artículo 75, inc. 22, teniendo en cuenta que este está integrado por la CDPCD (aprobada por Ley N° 26.378 y dotada de jerarquía constitucional por Ley N° 27.044), plexo normativo al cual cabe agregar la Convención Interamericana para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley N° 25.280).

A través de los susodichos instrumentos, la Argentina se comprometió en instancias internacionales a reconocer y promover los derechos de las PCD, que les permitan alcanzar su plena inclusión social y una efectiva igualdad de oportunidades.

2. Si bien ya lo hemos expresado al referirnos al derecho a la información en el ámbito del comercio electrónico, teniendo en cuenta que las PCD operan como usuarios y consumidores y que una de las principales barreras con las que se encuentran los consumidores con discapacidad reside en las dificultades de “accesibilidad” a bienes y servicios, cobra especial relevancia el deber de información receptado por el artículo 4° de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.

Esta norma establece el derecho de todo consumidor a recibir información de forma cierta, clara, detallada y comprensible de los servicios y bienes finales destinados a su consumo. Como señala Müller¹⁴⁹, el acceso a la información no solo se constituye como un derecho del consumidor, sino también como una obligación del proveedor, quien tiene la carga de informar al consumidor todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización, aunque este no lo pida.

Ese deber de información, además, como indica la norma en análisis, debe realizarse en un lenguaje comprensible, esto quiere decir que debe ser accesible, independientemente de la situación o condición particular que revista el consumidor. De esta manera, lo establecido en el artículo 4° de la LDC puede ser suficientemente esgrimido por una persona con discapacidad para exigir que la información le sea brindada de modo que puedan acceder a ella.¹⁵⁰

Por tanto, este derecho-deber debe cumplimentarse acabadamente en los entornos digitales referidos a los contratos electrónicos, lo que

¹⁴⁹ Müller, Germán Esteban, *El consumidor hipervulnerable frente a la información*. Ponencia presentada en el marco de XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Muler-Hipervulnerabilidad-e-informaci%c3%b3n.pdf>.

¹⁵⁰ Tévez, Alejandra N., “El deber de advertencia en las relaciones de consumo”, en *La Ley* 05/05/2015, 05/05/2015, 1 - *La Ley* 2015-C, 655, Cita Online: AR/DOC/1265/2015.

implica la debida “accesibilidad web” para las PCD como operadoras demandantes en el mercado.

3. Por otra parte, en lo que respecta a la accesibilidad a la información en general, y en particular a internet, existe legislación que ordena la presentación de los contenidos en formato accesible.

Así, la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, en su artículo 66, establece que las personas con discapacidades sensoriales tienen derecho a acceder a los contenidos audiovisuales a través de formatos accesibles, tales como el subtítulo oculto, el lenguaje de señas y la audiodescripción.

En el mismo orden, el Decreto N° 1.225/2010 aprobó la reglamentación del artículo 66 de dicha ley sobre subtítulo oculto, audiodescripción para personas con discapacidad visual y con discapacidad intelectual, y lengua de señas.

C. Marco normativo específico en materia de accesibilidad web

El plexo normativo en la materia está conformado por la Ley N° 26.653, su reglamentación aprobada por Decreto N° 656/2019 y la Disposición N° 6/2019, emanada de la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI), dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM).

Al igual que en otros países, la norma surge para solucionar la situación de muchos usuarios que se desenvuelven en contextos diferentes al de la mayoría (aquellos que no pueden ver, escuchar, moverse, o no pueden procesar cierto tipo de información fácilmente o de ninguna manera; los que pueden tener dificultad leyendo o comprendiendo textos; los que no tienen o no pueden usar un teclado o un ratón –en inglés, *mouse*–; los que cuentan con una conexión a internet muy lenta; o los que no pueden hablar o entender con fluidez el lenguaje en el que un documento está escrito, entre otras situaciones).

Los desarrolladores de aplicaciones web deben considerar estas situaciones y, pese a que existen muchos casos diferentes que considerar, cada decisión de diseño accesible generalmente beneficia a múltiples grupos de discapacitados a la vez y a la comunidad web en general, pues se inscribe en la filosofía del diseño universal.

Como ya hemos visto, el Consorcio W3C tiene una iniciativa específica para este tema llamada Web Accessibility Initiative (WAI), que publica estándares con guías para el diseño de páginas web accesibles.

Estas guías apuntan a crear mecanismos de transformación eficientes (en donde los desarrolladores de contenidos pueden crear páginas que se transforman con eficacia, y presentan el texto de modo que sea visualizable en prácticamente todos los navegadores y accesible a prácticamente todos los usuarios, creando documentos que funcionen incluso si el usuario no puede ver o escuchar, por ej.).

Hacer el contenido web comprensible y navegable incluye no solo contenido claro y simple, sino también proveer mecanismos para navegar entre las páginas, a fin de maximizar la accesibilidad y usabilidad. Se debe considerar aquí que no todos los usuarios pueden hacer uso de indicadores visuales.¹⁵¹

Tal como señala el legislador al fundamentar el entonces proyecto de la Ley N° 26.653¹⁵², la falta de acceso a la tecnología informática limita las posibilidades de las personas con discapacidad, siendo que los avances técnicos y las nuevas aplicaciones y Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberían ser una fuente de oportunidades para la integración, el aprendizaje, el empleo y no un conjunto de nuevas barreras que aumente la exclusión y la discriminación.

A su juicio, las normas o requisitos para el desarrollo de sitios de internet accesibles no incrementan apreciablemente el trabajo o la complejidad de creación de un sitio y no limitan las posibilidades artísticas del diseñador.

La iniciativa para la accesibilidad a la web, formulada a través de las recomendaciones del W3C, es una forma efectiva de mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, ya que permite fomentar el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, particularmente de internet, como herramientas para alcanzar sus metas de autonomía, capacitación, recreación y empleo.

El crecimiento del comercio por internet y los servicios en línea deben facilitar el acceso a la información, sin crear nuevas barreras e impedimentos, lo cual sucede actualmente por no existir políticas públicas que promuevan el diseño universal y generen las normativas necesarias sobre la accesibilidad web.

¹⁵¹ Ver www.saij.gob.ar/accesibilidad.

¹⁵² Ver <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos>.

En definitiva, se busca asegurar que las PCD, especialmente aquellas con dificultades visuales, disminuciones auditivas o con dispraxias cuyo acceso a internet actualmente se encuentra limitado simplemente por una cuestión de accesibilidad, accedan en igualdad de oportunidades a la información y a la posibilidad de generar relaciones y contratos de consumo en el entorno digital.

C.1) La Ley N° 26.653 y su reglamentación

La Ley N° 26.653 (Accesibilidad de la Información en las Páginas Web) es una herramienta fundamental para lograr alcanzar la accesibilidad digital conforme a la CDPCD, de modo que los servicios y facilidades públicas sean accesibles para todos y que las necesidades particulares de las PCD sean tenidas en cuenta en el diseño de nuevos bienes y servicios. Al propio tiempo, los proveedores de bienes y servicios deben atender a estas cuestiones y brindar alternativas que faciliten la participación e inclusión social de las PCD.

En ese sentido, su artículo 1° prescribe: “El Estado nacional, entiéndanse los tres Poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, empresas prestadoras o contratistas de bienes y servicios, deberán respetar en los diseños de sus páginas web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información que faciliten el acceso a sus contenidos, a todas las personas con discapacidad con el objeto de garantizarles la igualdad real de oportunidades y trato, evitando así todo tipo de discriminación”.

La norma comprende también a las instituciones u organizaciones de la sociedad civil que sean beneficiarias o reciban subsidios, donaciones o condonaciones, por parte del Estado o celebren, con este, contrataciones de servicios (art. 2°).

La específica accesibilidad aquí tratada se refiere a la posibilidad de que la información de la página web pueda ser comprendida y consultada por personas con discapacidad y por usuarios que posean diversas configuraciones en su equipamiento o en sus programas (cf. art. 3°).

Las normas y los requisitos de accesibilidad serán determinados por la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI), debiendo actualizarse regularmente dentro del marco de las obligaciones que

surgen de la CDPD (cf. art. 5º), para poder así acompañar la evolución tecnológica futura.

La ley establece dos plazos de cumplimiento en relación con las normas y requisitos de accesibilidad, debiendo ser estos implementados: a) en un plazo máximo de 24 meses para aquellas páginas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley; b) el plazo de será de 12 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley para aquellas páginas web en proceso de elaboración, debiendo priorizarse las que presten servicios de carácter público e informativo (cf. art. 7º).

Con respecto a las instituciones de carácter privado, el Estado promoverá la difusión de las normativas de accesibilidad a fin de que incorporen las normas y los requisitos de accesibilidad antes mencionados, en el diseño de sus respectivos sitios de internet y otras redes digitales de datos (cf. art. 8º).

A través de la reglamentación, aprobada por Decreto N° 656/2019, se persigue facilitar la determinación de las normas y los requisitos de accesibilidad, para lo cual:

a) Se prevé que la autoridad de aplicación brinde asistencia técnica a los sujetos comprendidos en la regulación, ante la imposibilidad de dar cumplimiento con sus propios medios, a los requisitos establecidos en el artículo 1º de la ley (art. 2º).

b) La información de las páginas web deberá adecuarse a las normas que se establezcan, con el objeto de que puedan ser comprendidas y consultadas por PCD (art. 3º).

c) Se designa a la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI) como autoridad de aplicación (art. 4º), la cual deberá asistir y asesorar a los sujetos comprendidos en la norma, y difundir las normas y los requisitos de accesibilidad a las instituciones de carácter privado y público, a fin de que las incorporen en el diseño de sus respectivos sitios de internet y otras redes digitales de datos.

C.2) *La Disposición N° 6/2019*

Atento lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley N° 26.653, la ONTI por dicha medida aprueba las “Pautas de Accesibilidad de Contenido Web 2.0” y los “Criterios de conformidad”, con el fin de elevar la accesibilidad para contenidos en la web, de acuerdo el avance de las TIC y las

comunicaciones en relación con las herramientas y funcionalidades disponibles en soluciones y plataformas para el desarrollo de sitios web.

Las Pautas de Accesibilidad de Contenido Web 2.0 (Anexo I) definen cómo crear un contenido web más accesible para personas con discapacidades. Han sido desarrolladas mediante el proceso del W3C en cooperación con individuos y organizaciones de todo el mundo, con el objetivo de proporcionar un estándar compartido para lograr la accesibilidad de contenidos web que satisfaga las necesidades de individuos, organizaciones y gobiernos a nivel internacional. Las Pautas 2.0 se han diseñado para ser aplicadas a una amplia gama de tecnologías web ahora y en un futuro.

Se establecen cuatro principios de accesibilidad:

1. *Perceptibilidad*: la información y los componentes de la interfaz de usuario deben presentarse a los usuarios de la manera en que puedan percibirlos (deben poder crearse contenidos que puedan presentarse de diversas maneras –inclusive más simples–, sin perder la información ni su estructura; debe ser más fácil para los usuarios ver y oír el contenido, incluyendo la separación entre primer plano y fondo, etc.).

2. *Operabilidad*: los componentes de la interfaz de usuario y la navegación deben ser operables (maximizar la accesibilidad a través del teclado; proporcionar a los usuarios el tiempo suficiente para leer y usar un contenido; proporcionar medios que sirvan de ayuda a los usuarios a la hora de navegar, localizar contenido y determinar dónde se encuentran, etc.).

3. *Comprensible*: los usuarios han de ser capaces de entender el contenido del texto y deben ser ayudados para prevenir y corregir errores.

4. *Robusto*: el contenido ha de estar correctamente estructurado para garantizar un adecuado funcionamiento con las aplicaciones de usuario.

También se aprueban los “Criterios de conformidad” (Anexo II) de los principios de accesibilidad antedichos, en función de los parámetros determinados en dicho Anexo.

C.3) Otras normativas

1. Por Decreto N° 868/2017 se creó el “Plan Nacional de Discapacidad”, el cual se entiende como una instancia de formalización de los compromisos y obligaciones asumidos nacional e internacionalmente con relación a los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la CDPCD.

Se lo define como un instrumento de política pública “[...] que tendrá como objetivo la construcción y propuesta, a través de una acción participativa y en coordinación con las distintas áreas y jurisdicciones de la Administración Pública Nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provinciales y municipales, con competencia en la materia, y con las organizaciones de la sociedad civil, de políticas públicas tendientes a la plena inclusión social de las personas con discapacidad, contemplando los principios y obligaciones comprometidos por medio de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley N° 26.378”.

En particular, en la Formulación anexa al decreto de Estructura y Contenidos de este, el listado de proyectos por Ministerio, en lo que concierne al de Modernización, se consigna, en el apartado 3 [Sitios Web Accesibles - Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI)], el objetivo de “verificar y promover la accesibilidad de los sitios web de la Administración Pública Nacional”, estableciendo como meta, sin parámetros de tiempo de cumplimiento, alcanzar el 50 % de los sitios web de la Administración Pública Nacional accesibles, según los estándares y metodología definida en la normativa.

2. En la órbita del consumidor de servicios financieros, encontramos la Comunicación A-5388 del Banco Central de la República Argentina (BCRA), que en enero de 2013 aprobó las Normas sobre la Protección de los usuarios de servicios financieros. Dicha norma complementa las disposiciones en materia de protección al consumidor, con el fin de garantizar la inclusión de este colectivo a las actividades ordinarias de la vida cotidiana y evitar que se produzcan actos discriminatorios respecto de dichos usuarios.

En materia de servicios de banca por internet (*home banking*) y banca móvil deberán incluir, según el caso, opciones que permitan a estas personas operar tales sistemas autónomamente, sin el auxilio de terceros. Aquí se está protegiendo la accesibilidad web para este segmento vulnerable, y torna de suma importancia dicha disposición, por su contenido.

C.4) Adhesiones provinciales

La Ley N° 26.653 ha recibido adhesiones locales a través de las Leyes N° 13.654 (Santa Fe), N° 6.774 (Chaco), N° I-501 (Chubut), N° 6.086 (Corrientes), N° 5.770 (Jujuy), N° 4.904 (Río Negro) y N° 2.967 (La Pampa).

V. Conclusiones

- Las PCD tienen derecho a un nivel de vida digno, participando plena y efectivamente en igualdad de condiciones y de trato en la dinámica social.

- Las PCD necesitan satisfacer necesidades y ser parte como usuarias y consumidoras, de cualquier relación de consumo necesaria para sus fines. A su vulnerabilidad estructural por las fallas de mercado y la sociedad de consumo, se le suma otra vinculada con su deficiencia y las barreras consiguientes que plantea la sociedad, motivo por el cual adquieren estatus de hipervulnerables.

- La sociedad en el siglo XXI ha experimentado un cambio en múltiples aspectos de desarrollo a una velocidad exponencial, lo que ha sentado las bases de un entorno digital que se vincula con internet, la Revolución Tecnológica y las TIC, la Sociedad de la Información, las redes sociales, entre otros ejemplos.

- En ese marco se ha desarrollado el comercio electrónico de bienes y servicios, el que necesita de múltiples plataformas para llevar adelante el marketing digital, sin dejar de cumplir con las obligaciones contenidas en el Estatuto del Consumidor respecto de la información que debe brindarse, la contratación electrónica, el servicio de calidad comercial *on line*, así como la formulación y resolución de conflictos por la misma vía.

- En este escenario, las PCD encuentran múltiples barreras y dificultades, consecuencia de su falta de acceso real al derecho a la salud, la educación y el trabajo, lo que dificulta su acceso a una computadora y a internet, fomentando la brecha digital.

- La falta de inclusión digital de este colectivo vulnerable perjudica el reconocimiento del acceso a internet como un derecho humano universal, derecho que se equipara hoy con el derecho a la libertad de expresión.¹⁵³

- Ello atenta claramente contra el principio de accesibilidad que permite, mediante diseños universales, superar las barreras que

¹⁵³ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión al Consejo de Derechos Humanos, *Asamblea General de la ONU (A/HRC/17/27)*.

impiden a toda la población y, en especial, a las PCD, poder contar con las herramientas tecnológicas que les permitan participar activamente del entorno digital en general, y del comercio electrónico en particular.

- Resulta indispensable la construcción de accesibilidad en labor de conjunto por todos los actores sociales, para originar políticas públicas que hagan real y posible esta inclusión. En este sentido, se han dictado normativas que persiguen alcanzar, para todos, la accesibilidad web. Lamentablemente, no se ha logrado avanzar en la implementación práctica de la regulación enunciada supra, para que las páginas web sean accesibles para todas las PCD en general y las personas con discapacidad visual, en particular. Así, se degrada la calidad de vida de muchas personas, ya que la inaccesibilidad prima sobre las necesidades de las PCD con deficiencias visuales y con dificultades de coordinación manual (personas con parálisis cerebral, enfermedades musculares degenerativas, etc.). Tan solo como ejemplo, el incumplimiento de la Comunicación A-5388 del BCRA, en materia de accesibilidad a los servicios de banca por internet, frustra la inclusión financiera y la posibilidad de utilizar servicios bancarios por vía digital.

- El incumplimiento y la poca toma de conciencia sobre la necesidad de dotar de los mecanismos necesarios para la accesibilidad web, comprende tanto al Estado y demás personas incluidas en los artículos 1º y 2º de la Ley N° 26.653, como al sector privado. El propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones finales sobre el informe inicial de la Argentina (2012), señala la ausencia de mecanismos efectivos de supervisión y evaluación del cumplimiento con la normativa de accesibilidad en todos los ámbitos considerados por la Convención, lo cual es corroborado en particular para esta tipología de accesibilidad, por el Plan Nacional de Discapacidad, que propone como meta alcanzar el 50 % de sitios web de la Administración accesibles.

- Debe perseguirse, mediante estrategias adecuadas, que los sitios del sector privado adopten los mismos estándares de accesibilidad que los establecidos por la Ley N° 26.653, ya que el comercio electrónico, sus etapas y sus modalidades transitan digitalmente a través de estos. De no ser así, la accesibilidad web para las PCD, en función de la relación de consumo, seguirá siendo escasa o inexistente.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TURISTA EN EL ENTORNO DIGITAL

Ezequiel N. Mendieta y Leonardo Romero¹⁵⁴

I. Introducción

La irrupción del Derecho del Consumidor, en la segunda mitad del siglo XX, se ha ido expandiendo a lo largo del mundo y ha producido importantes cambios en los distintos ordenamientos jurídicos. Asimismo, esta disciplina enfrenta los nuevos desafíos que conlleva el siglo XXI, y busca adaptarse a las nuevas circunstancias que dichos desafíos implican.

En este contexto, cabe destacar el crecimiento exponencial del comercio electrónico experimentado en los últimos veinte años, lo cual continúa sucediendo año a año. Este fenómeno permite que los consumidores puedan adquirir bienes y servicios a lo largo y ancho del globo, produciéndose relaciones de consumo transfronterizas. Esta clase de contrataciones ofrecen oportunidades a los consumidores, quienes ven incrementada la oferta de bienes y servicios atravesando las fronteras formales de las naciones. Sin embargo, este avance también

¹⁵⁴ Con la colaboración de Sol Ure.

conlleva riesgos para el consumidor, que parten desde el robo de datos (como los referidos a los medios de pagos, por ejemplo) hasta la falta de respuestas adecuadas para formular los reclamos que pueden implicar verdaderos escollos para acceder a un mecanismo de solución de conflictos.

En paralelo, también se evidencia un importante crecimiento del sector turístico en los últimos treinta años. Siguiendo los datos brindados por la Organización Mundial de Turismo de las Naciones Unidas (en adelante, UNWTO), el total de llegadas internacionales a nivel mundial aumentó un 7 % en 2017, por lo cual se registró el crecimiento más alto desde la crisis económica de 2009.¹⁵⁵ Dicho sector se compone por una larga lista de contrataciones y relaciones de consumo en las cuales se ven involucrados los consumidores turistas.

Entre los dos fenómenos mencionados anteriormente, se puede distinguir una intersección entre el comercio electrónico y las relaciones de consumo que se dan en el marco de los servicios turísticos. De este modo, puede observarse que la revolución digital ha producido cambios significantes en los hábitos de los consumidores turistas, puesto que actualmente este puede acceder a las contrataciones a través de diversas plataformas, comprar los pasajes aéreos vía página web de la aerolínea o a través de operadores intermediarios que ofrecen sus servicios en la red, sin dejar de mencionar el auge de las economías colaborativas para contratar el alojamiento.

Dicha intersección expone al consumidor turista que contrata a través de medios electrónicos a múltiples situaciones de desventajas, teniendo en cuenta la vulnerabilidad estructural de todo consumidor, sumado a la vulnerabilidad que se le agrega por ser turista, a la que, a su vez, se adiciona también la vulnerabilidad de la contratación electrónica, todas cuestiones que se desarrollarán a lo largo del presente trabajo.

Habida cuenta de ello, se establecerán como punto de partida los resultados del proyecto de investigación “La problemática de los consumidores hipervulnerables en el Derecho del Consumidor argentino”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ *World Tourism Organization (2018), UNWTO Tourism Highlights, 2018 Edition*, UNWTO, Madrid.

¹⁵⁶ Dirigido por Sergio S. Barocelli y llevado adelante entre los años 2016-2018 en el Instituto de Investigación Gioja de la Facultad de Derecho de la

Allí se delimitó el concepto de consumidor hipervulnerable¹⁵⁷, incluyendo dentro de esta categoría tanto al consumidor turista¹⁵⁸ como a aquel consumidor que contrata a través de internet.¹⁵⁹

Al respecto, se ha sostenido que los consumidores hipervulnerables son aquellos “[...] a los que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores se le suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómicas o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias”.¹⁶⁰

En este sentido, con respecto al consumidor turista, se entendió que resultaba hipervulnerable debido a las dificultades que puede tener al encontrarse en un lugar distinto a su hogar, con costumbres distintas, un idioma distinto, sumado al escaso tiempo que tiene para realizar los reclamos correspondientes ante los eventuales incumplimientos o daños que pudiese sufrir.¹⁶¹

En esta línea de pensamiento, al referirse al consumidor electrónico como hipervulnerable, se tiene en cuenta que el sujeto se encuentra inmerso en un medio completamente desconocido, que no maneja, el cual presenta mayores desafíos y acentúa la asimetría técnica existente entre el consumidor y el proveedor.¹⁶²

De este modo, partiendo de los lineamientos mencionados en los párrafos anteriores, a lo largo del presente trabajo se expondrán las

Universidad de Buenos Aires.

¹⁵⁷ Barocelli, Sergio S., “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en Barocelli, Sergio S. (Director), *Consumidores hipervulnerables*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. El Derecho, 2018, pp. 9 y sigs. Es importante señalar que esta obra es la publicación de los resultados del proyecto de investigación, “La problemática de los consumidores hipervulnerables en el Derecho del Consumidor argentino”, dirigido por Sergio S. Barocelli y llevado adelante entre los años 2016-2018 en el Instituto de Investigación Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹⁵⁸ Orduna, Javier y Santana, Carolina, “El turista: Un consumidor hipervulnerable”, en Barocelli, Sergio S. (Director), *Consumidores hipervulnerables*, ob. cit., pp.

¹⁵⁹ Beltramo, Andrés Nicolás y Faliero, Johana Caterina, “El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable”, en Barocelli, Sergio S. (Director), *Consumidores hipervulnerables*, ob. cit., pp. 205 y sigs.

¹⁶⁰ Barocelli, Sergio S., ob. cit., p. 16.

¹⁶¹ Orduna, Javier y Santana, Carolina, ob. cit., pp. 187/188.

¹⁶² Beltramo, Andrés Nicolás y Faliero, Johana Caterina, ob. cit., p. 212.

distintas normas que pueden brindar un marco protectorio para el “consumidor turista electrónico”¹⁶³, considerado este como todo consumidor involucrado en una relación de consumo cuyo objeto sea un servicio turístico y que se haya dado en el marco del comercio electrónico. Asimismo, se buscará exponer los principales desafíos ante los cuales se enfrentan estos consumidores y las posibles soluciones que se les pudiera dar desde el marco protectorio del consumidor.

II. La protección del consumidor turista electrónico en el Derecho Internacional y Comparado

En los últimos quince años, desde el Derecho Internacional se ha comenzado a dar tratamiento a las problemáticas relacionadas a los servicios turísticos y al comercio electrónico. Por su parte, desde la Unión Europea, también se ha avanzado en el dictado de normas tuitivas para estos casos.

Es por ello que, a continuación, se realizará un breve relevamiento de las distintas normas y declaraciones que se han ensayado en el ámbito del Derecho Internacional y en el ámbito de la Unión Europea acerca de diversos mecanismos de protección para los consumidores turistas electrónicos.

A. Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas

En primer lugar, resulta ineludible mencionar las disposiciones contenidas en las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución N° 39/248 del 16 de abril de 1985 y revisadas y modificadas recientemente mediante la Resolución N° 70/186 del 22 de diciembre de 2015 (en adelante, “Directrices”).

¹⁶³ A lo largo del presente trabajo, se hará referencia al “consumidor turista electrónico” para identificar al sujeto de tutela, conglobando de este modo los conceptos de consumidor turista y consumidor electrónico expuestos anteriormente.

En su primera parte, se puede señalar que se han previsto como necesidades legítimas de los consumidores la protección de los consumidores vulnerables o hipervulnerables (Directriz N° 5, inciso b¹⁶⁴) y la protección de aquellos consumidores que recurran al comercio electrónico para que aquellas no sean inferiores a las que se brindan en otras formas de comercio (Directriz N° 5, inciso j¹⁶⁵).

A continuación, en la Directriz N° 44, inciso g)¹⁶⁶, se recomendó a los Estados Miembros que incorporasen dentro de sus programas de educación y de información del consumidor, las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico, poniendo en relieve la importancia que guarda dicho fenómeno con la vida cotidiana del consumidor.

Siguiendo en la línea del comercio electrónico, en las directrices se dedicó un apartado específico para ello, comprendido por las Directrices Nros. 63, 64 y 65. En la primera de ellas, se destacó la importancia de que los Estados se esforzasen para fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, estableciendo algunos mecanismos que podrían implementarse a tal fin.¹⁶⁷ Esto demuestra la especial preocupación que existe en torno a la seguridad de las transacciones electrónicas, la cual debe ser cementada por la confianza que dichos medios deben generar a los fines de lograr que el consumidor acceda a adquirir bienes y servicios por esta vía. Dicha confianza resulta ser un elemento clave en materia de comercio electrónico, ya que sin ella sería difícil que este avanzase.

¹⁶⁴ “5. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes [...] b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja [...]”.

¹⁶⁵ “5. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes [...] j) Un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio [...]”.

¹⁶⁶ “44. Los programas de educación e información del consumidor deben abarcar aspectos importantes de la protección del consumidor, como los siguientes: [...] g) Comercio electrónico [...]”.

¹⁶⁷ “63. Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio”.

En este contexto, en el marco del segundo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, “IGE”), se ha reconocido que el comercio electrónico debilita la relación entre proveedores y consumidores, aumentando la vulnerabilidad de estos últimos. En virtud de ello, el comercio electrónico se vuelve un campo propicio para las prácticas desleales. Es por ello que se planteó que el principal desafío para el desarrollo del comercio electrónico era fomentar la confianza de los consumidores en el mercado digital.¹⁶⁸

En la Directriz N° 64¹⁶⁹, se encomienda a los Estados a que en sus políticas de protección al consumidor tengan en cuenta las particularidades del comercio electrónico y garanticen que los consumidores estén informados sobre los derechos y obligaciones en el mercado digital. En este punto, se refuerza la idea de la provisión de información al consumidor, principalmente sobre las características especiales que el comercio electrónico posee.

En la Directriz N° 65¹⁷⁰, se sugirió a los Estados Miembros la revisión de las diversas directrices y recomendaciones que hay en materia de comercio electrónico, mencionando específicamente las elaboradas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, “OECD”).

¹⁶⁸ UNCTAD, “Consumer protection in electronic commerce” (note by the secretariat TD/B/C.I.CPLP/7), para. 16.

¹⁶⁹ “64. Los Estados Miembros deben, cuando proceda, examinar las políticas de protección del consumidor en vigor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico y garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital”.

¹⁷⁰ “65. Los Estados Miembros podrían tal vez examinar las directrices y normas internacionales pertinentes sobre el comercio electrónico y sus correspondientes revisiones y, en su caso, adaptar esas directrices y normas a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales, para que puedan acatarlas, y colaborar con otros Estados Miembros en su aplicación a través de las fronteras. Al hacerlo, los Estados Miembros podrían tal vez estudiar las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos”.

En lo que respecta al turismo, en la Directriz N° 78¹⁷¹, se ha previsto que los Estados deben velar por dictar políticas de protección para abordar la comercialización y provisión de bienes y servicios relacionados con la actividad mentada, destacando aquellas cuestiones relacionadas con los viajes, el alojamiento y los sistemas de tiempo compartido. Esta disposición destaca los principales aspectos relacionados con el turismo, coincidiendo, a su vez, con los mayores problemas que suelen ocurrirle al consumidor turista.

Al respecto, se ha señalado que uno de los puntos que torna difícil la protección de los consumidores turistas es la falta de responsables en el domicilio del consumidor ante la contratación *online del servicio turístico, puesto que en los últimos tiempos ha crecido la contratación vía internet de dichos servicios con la consecuente disminución de la actividad de las agencias de turismo.*¹⁷²

Habida cuenta de lo expuesto, en las directrices se encuentran contempladas las tres aristas que aquí se pretende abordar, ya que hay previsiones específicas para los consumidores hipervulnerables, el comercio electrónico y el turismo. La confluencia de estos tres conceptos permite pensar una protección específica para el consumidor turista electrónico, toda vez que las directrices citadas se complementan unas con otras, acentuando la protección ante estos casos. Ante ello, el trabajo del grupo de expertos (IGE) será esencial y fundamental para avanzar en estándares mínimos de protección para este grupo de consumidores, toda vez que sirve de foro internacional más amplio para debatir este tipo de políticas.

¹⁷¹ “78. Turismo. Los Estados Miembros deben velar por que sus políticas de protección del consumidor sean adecuadas para abordar la comercialización y la provisión de bienes y servicios relacionados con el turismo, en particular los viajes, el alojamiento y los sistemas de tiempo compartido. Los Estados Miembros deben, en concreto, abordar los problemas transfronterizos que plantea esa actividad, como la cooperación con miras al cumplimiento y el intercambio de información con otros Estados Miembros, y también deben cooperar con las partes interesadas pertinentes en el sector del turismo”.

¹⁷² UNCTAD, *Manual on Consumer Protection*, 2017, p. 56.

B. Recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para la protección del consumidor en el comercio electrónico

En 2016, la OECD revisó las recomendaciones formuladas en 1999 acerca de la protección del consumidor en el marco del comercio electrónico.¹⁷³ En dichas recomendaciones, sumado al *toolkit for protecting digital consumers* –destinado a aquellos organismos que dictan políticas del consumidor de los países miembros del G20–, se elaboraron diversos principios que pueden ayudar a los Estados al momento de tener que dictar normas protectorias en materia de comercio electrónico.

Las recomendaciones están divididas en tres partes: en la primera, se establecieron los principios generales en la materia; en la segunda, se formularon algunas propuestas para implementar dichos principios; finalmente, en la tercera parte, se fijaron los principios para la cooperación global de los Estados.

Solo a título enumerativo, la OECD consideró los siguientes principios como generales en materia de comercio electrónico:

- a) Protección efectiva y transparente.
- b) Comercio justo y buenas prácticas comerciales y de publicidad.
- c) Información en línea.
- d) Procesos de confirmación.
- e) Pagos.
- f) Mecanismos de resolución de disputas y compensación.
- g) Privacidad y seguridad.
- h) Educación, advertencia y competencia digital.

Si bien gran parte de las recomendaciones se aplicarían al caso del consumidor turista electrónico, pueden destacarse, entre ellas, las que indican la información mínima que los proveedores de bienes y servicios *online* deben comunicar y hacer saber al consumidor: identificación del proveedor, un mecanismo fácil y efectivo de comunicación con este, un apropiado y efectivo mecanismo de resolución de conflictos, indicar los servicios legales domésticos y transfronterizos disponibles y la ubicación del proveedor.¹⁷⁴ Se ha interpretado que la

¹⁷³ OECD (2016), *Consumer Protection in E-commerce: OECD Recommendation*.

¹⁷⁴ “28. *Businesses engaged in e-commerce with consumers should make*

finalidad de dicha recomendación fue evitar la evasión por parte del proveedor de identificar y así esquivar las eventuales responsabilidades que pudieran atribuírsele. Asimismo, la medida en cuestión contribuiría a generar confianza en el consumidor dándole certezas sobre la ubicación física del proveedor.¹⁷⁵

Esta clase de medidas resultan de suma utilidad para los consumidores turistas electrónicos, quienes disponen de poco tiempo para formular reclamaciones y a los que, por momentos, les resulta imposible obtener respuestas adecuadas en tiempo oportuno ante los inconvenientes que puedan suscitarse en el marco de la relación de consumo.

Por último, las recomendaciones reflejan la preocupación de los Estados en buscar una regulación uniforme sobre el comercio electrónico en vistas del gran número de transacciones *online* transfronterizas que hay.

C. Reportes del Comité de Protección Internacional del Consumidor de la International Law Association

En noviembre de 2008, se creó en el marco de la *International Law Association* (en adelante, “ILA”) el Comité de Protección Internacional del Consumidor, cuyo principal objetivo es estudiar la protección internacional del consumidor, en especial, en todo lo relativo al comercio electrónico, el turismo y los accidentes. Es por ello que sus reportes son de gran relevancia para el tema que aquí se trata.

Desde sus primeros informes, reconocieron que para lograr fortalecer la confianza de los consumidores en el comercio electrónico era necesario establecer normas protectorias que atendieran las problemáticas de la materia. Asimismo, se entendió que para ello, era

readily available information about themselves that is sufficient to allow, at a minimum: i) identification of the business; ii) prompt, easy and effective consumer communication with the business; iii) appropriate and effective resolution of any disputes that may arise; iv) service of legal process in domestic and crossborder disputes; and v) location of the business”.

¹⁷⁵ Serra Cambaceres, Antonino, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE relativa a directrices para la protección en el contexto del comercio electrónico”, *JA* 2004-I-1224.

necesario erradicar cualquier diferencia entre consumidores locales y consumidores extranjeros.¹⁷⁶

A partir de allí, se comenzó a realizar un importante trabajo enfocado principalmente en el consumidor turista y en la resolución transfronteriza de conflictos. Como consecuencia de su trabajo, se ha reconocido las particularidades que tornan aún más vulnerables a los consumidores en el comercio internacional. Entre estas situaciones se mencionó al turista, quien podía ser víctima de prácticas de *marketing* agresivo o de la ignorancia de las normas y costumbres de otras latitudes, entre otros. De este modo, se expuso que ante los incumplimientos contractuales de servicios turísticos estos resultaban ser de casi imposible sustitución o reemplazo, ya que si se pierde una excursión generalmente no habría forma de compensarlo salvo por vía económica¹⁷⁷.

En otro orden de ideas, identificaron los principales problemas que aquejan a los turistas, entre ellos los relacionados con la calidad del servicio, la falta de cumplimiento en lo prometido, como la no registración de una reserva o vulnerabilidad frente a la insolvencia del operador turístico.¹⁷⁸

En 2016, ya con casi diez años de trabajo, el Comité, sobre la base de la información recolectada y al estudio de las diversas legislaciones, recomendó continuar con los esfuerzos para asegurar la cooperación internacional para la protección de los consumidores, en especial de los turistas.¹⁷⁹ Asimismo, recomendó el reconocimiento de la debilidad estructural del consumidor como un principio tanto para las transacciones locales como para las internacionales.¹⁸⁰

¹⁷⁶ *First Interim Report of ILA Committee on International Protection of Consumers, The Hague Conference (2010), point II.4).3.*

¹⁷⁷ *Final Report of ILA Committee on International Protection of Consumers, Sofia Conference (2012), point II.5.E.* En esta conferencia, se adoptaron lo que se conoce como Principios de Sofía, estableciendo cinco puntos comunes para la protección de los consumidores.

¹⁷⁸ *Interim Report of ILA Committee on International Protection of Consumers, Washington Conference (2014), point III.3.2.*

¹⁷⁹ *Final Report of ILA Committee on International Protection of Consumers, Johannesburg Conference (2016), recommendation 3.*

¹⁸⁰ *Final Report of ILA Committee on International Protection of Consumers, Johannesburg Conference (2016), recommendation 1.*

De este modo, se puede vislumbrar un trabajo activo por parte de la ILA, en especial en lo que es materia de turismo y transacciones transfronterizas, realizando un exhaustivo relevamiento normativo de los distintos países para determinar el alcance de las protecciones en estos aspectos.

D. Unión Europea

En los últimos quince años, en el marco de la Unión Europea, se han dictado numerosas normas relacionadas con el tópico del trabajo. En efecto, se puede vislumbrar que existen diversas normas e informes relacionados con la protección del consumidor turista y del consumidor electrónico.

Para comenzar, es oportuno mencionar que en un informe elaborado por *The European Parliament Research Service*, se mencionó que la revolución tecnológica ha tenido un profundo impacto en los servicios turísticos. En efecto, se ha observado que ante la aparición de plataformas e intermediarios de servicios turísticos, el consumidor ha cambiado sus hábitos de consumo y comenzó a contratar directamente vía comercio electrónico, abandonando la contratación de dichos servicios a través de las agencias de turismo.¹⁸¹

A raíz de ello, se han señalado los siguientes cambios¹⁸²: a) Planeamiento de los viajes por cuenta del propio consumidor, b) Incremento del uso de aplicaciones de telefonía celular, c) Intercambio de experiencias personales a través de distintas plataformas o blogs de viajes, d) Aparición de aplicaciones que traducen prácticamente cualquier idioma casi en simultáneo, e) *Check-in online* de los servicios de transporte aéreo, f) Automatización de las respuestas para contestarlas u ofrecer servicios o atracciones, g) Aparición de guías virtuales de recorridos de museos y atracciones para ser descargadas en los *smartphones*.

¹⁸¹ *European Parliament Research Service, "Digital tourism in the European Union", by Maria Niestadt, PE 628.236, September 2018.*

¹⁸² *European Parliament Research Service, "Digital tourism in the European...", ob. cit., p. 3.*

Desde el punto de vista normativo, es dable mencionar que en los artículos 6º, inciso d) y 195 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFEU”), se delimitó la competencia de la Unión para complementar el trabajo de los Estados para el fomento y desarrollo del sector turístico.

En el marco de dichas competencias, en los últimos años se ha avanzado en el dictado de normas relacionadas con la protección del consumidor turista electrónico, entre las que se puede mencionar: *Regulation 2018/302 on addressing unjustified geo-blocking*, *Regulation 2017/1953 on the promotion of internet connectivity in local communities* or *Directive 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements*, entre otras.

En todas ellas se busca, de algún modo, establecer parámetros mínimos de protección a los consumidores turistas electrónicos y fomentar la confianza de estos en el comercio electrónico promoviendo, a su vez, el desarrollo del sector turístico.

III. La protección del consumidor turista electrónico en el Derecho argentino

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) contribuyó, en cierta medida, a la protección de los consumidores turistas en el entorno digital, ya que agregó normas precisas a la escasa regulación existente hasta ese momento en la materia.

A continuación, se hará un breve repaso sobre las distintas normas nacionales aplicables al supuesto *sub examine*, para luego centrarnos en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que ponen de resalto los problemas que enfrentan los consumidores turistas electrónicos.

A. Legislación

A.1) Código Civil y Comercial de la Nación y Ley N° 24.240

El primer marco normativo aplicable al caso son la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) y el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que de ambas normas surge la relación de consumo que

une al consumidor turista electrónico con los proveedores de servicios turísticos o afines. En este punto, también es dable señalar que en el artículo 2100 del CCyCN se ha previsto expresamente que las relaciones en el marco del contrato de tiempo compartido constituyen una relación de consumo y, por lo tanto, le resultan aplicables las reglas de los contratos de consumo.

En virtud de ello, se aplican los artículos 1105 y siguientes del CCyCN, siendo esta, tal vez, una de las principales reformas que trajo el nuevo Código. En este sentido, se destaca el artículo 1107, en el que se exige al proveedor que se valga de los medios electrónicos, que informe con precisión y claridad el contenido mínimo del contrato, el derecho del consumidor a revocar la operación, todos los datos necesarios para operar correctamente el medio elegido como así también para comprender el riesgo derivado de su uso y determinar con “absoluta claridad” quién asume esos riesgos. Esto encuentra su correlato en la Directriz N° 64, conforme fuese expuesto.

Con respecto al derecho de revocación, en el artículo 1110 se estableció el plazo de diez (días) para hacer uso de él, contados desde la celebración del contrato, en consonancia con lo establecido en el artículo 34 de la LDC. También incorpora previsiones favorables a los consumidores al establecer taxativamente la prórroga de un día más si el vencimiento del plazo opera un día inhábil, como así también la neutralización de toda cláusula o pacto que imposibilite de algún modo el ejercicio del mentado derecho de revocación.

En esta línea de razonamiento, se incluyó la obligación de informar al consumidor del derecho de revocación con caracteres destacados, fijando incluso el lugar donde debe incorporarse el texto en cuestión (art. 1111 CCyCN). Al respecto, si bien en virtud de lo establecido en el artículo 34 de la LDC, en lo atinente a la materia se ha sostenido que la facultad de revocación debe consignarse de forma clara y notoria¹⁸³, lo cual se evidencia en el artículo 1111 del CCyCN, al disponer que dicha información deberá constar de manera inmediata a la firma. Para garantizar esto, se previó la posibilidad de mantener vigente el derecho

¹⁸³ C. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, “Lan Airlines S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley N° 24.240”, del 22 de diciembre de 2015, DJ 22/06/2016, 48.

en cuestión en caso de que el consumidor no haya sido informado debidamente de dicha facultad.

Sin embargo, en lo atinente al ejercicio del derecho de revocación, existe cierta contradicción entre lo dispuesto en el artículo 1113 del CCyCN y el artículo 34 de la LDC. En el primero, se estableció que en caso de que el consumidor haga uso de su derecho, deberán restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que hayan cumplido. Esto implicaría que el consumidor tuviera que cargar con los gastos de la devolución de la cosa. Mientras que en el artículo 34 de la LDC se dispone que el consumidor solo deberá poner a disposición del proveedor la cosa objeto del contrato, quedando a cargo de este último los gastos que impliquen la devolución. En comparación entre ambas normas, el artículo 1113 del CCyCN resulta más gravosa para el consumidor. Es por ello que, en virtud de la aplicación del principio de la norma más favorable, deberá estarse a la aplicación del artículo 34 de la LDC para estos casos.¹⁸⁴

Una situación particular puede suscitarse con la aplicación del artículo 1109 del CCyCN a las relaciones de consumo en las cuales se encuentre involucrado un consumidor turista electrónico. En dicho artículo, se estableció que el lugar de cumplimiento de los contratos celebrados a distancia es aquel en el cual el consumidor recibió o debió recibir la prestación. En consecuencia, dicha pauta fija la jurisdicción aplicable a los conflictos que el contrato pueda suscitar.

Conforme se expondrá en los párrafos subsiguientes, la regla que brinda mayor protección al consumidor es aquella que fija el juez competente correspondiente al domicilio del consumidor. Si bien se ha considerado que se podría sobreentender que el lugar donde recibió o debió recibir sería el domicilio del consumidor¹⁸⁵, no siempre puede ser así. En efecto, en los casos de servicios turísticos, la regla sería a la inversa, lo que se contrata se recibe en lugar distinto al domicilio del

¹⁸⁴ Krieger, Walter, “Modalidades especiales de los contratos de consumo”, en Álvarez Larrondo, Federico M. (Director); Rodríguez, Gonzalo (Coordinador), *Manual de Derecho del Consumo*, Ciudad de Buenos Aires, Erreius, 2017, p. 469.

¹⁸⁵ Álvarez Larrondo, Federico M., “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”, *RCyS* 2013-III, 5. El autor también consideró que una interpretación contraria a la expresada implicaría una prórroga de competencia, cuestión que en el propio artículo 1109 se pretende evitar.

consumidor. Si se contrata vía electrónica desde el domicilio del consumidor una excursión en lugar vacacional, el lugar donde se debe recibir la prestación es precisamente ese destino escogido. Por lo tanto, esta situación pondría en desventaja al consumidor, colisionando incluso con las disposiciones del artículo 2654 del CCyCN.

Entre las posibles soluciones, se ha entendido que se podría establecer la competencia sobre la base del domicilio real del consumidor en virtud de una interpretación amplia y favorable gracias a la aplicación del artículo 3º de la LDC, o bien fulminar aquellas cláusulas que directa o indirectamente¹⁸⁶ puedan importar una prórroga de competencia por imperio de lo establecido en el artículo 37 de la LDC.¹⁸⁷ Incluso, también se ha propuesto hacer extensiva la disposición del artículo 36 de la LDC por analogía para esta clase de casos.¹⁸⁸

En este punto, habrá que armonizar el artículo 1109 del CCyCN –mediante el diálogo de fuentes– con las previsiones del Derecho Internacional y demás normas protectorias de los consumidores turistas. Es por ello que cuando la relación de consumo se dé en el ámbito nacional, se aplicará este artículo con las modulaciones que correspondan a los fines de brindar una adecuada protección al consumidor turista electrónico, debiendo buscarse que el consumidor litigue ante los jueces competentes correspondientes a su domicilio, máxime cuando la contratación puede realizarse a través de internet desde su casa.

Por otro lado, otra de las previsiones aplicables a las relaciones de consumo de los consumidores turistas electrónicos son las relacionadas con el Derecho Internacional Privado. En efecto, en los artículos 2654 y 2655 del CCyCN se establecieron la jurisdicción y el derecho aplicable –respectivamente– para los contratos de consumo transfronterizos.

En lo atinente a la jurisdicción establecida en el artículo 2654 del CCyCN, se dispusieron una serie de opciones favorables al consumi-

¹⁸⁶ Por ejemplo, si se establece en una cláusula como lugar de cumplimiento uno distinto al del domicilio del consumidor, siendo que la prestación se debe recibir en el domicilio de este como sucede en la compra de bienes.

¹⁸⁷ Alterini, Jorge H. (Director general), *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo V, 2ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 949.

¹⁸⁸ Ídem.

dor, sin perjuicio de que no se estableció como regla la jurisdicción del domicilio del consumidor cuando este tuviese que demandar. Esta ha sido la voluntad de la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, al sostener que se previó la prohibición de elección de foro y se restringió la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos internacionales a los fines de tutelar al consumidor.¹⁸⁹ De este modo, resulta elogiable que se haya previsto expresamente que, cuando se quiera demandar al consumidor, haya que recurrirse a los tribunales competentes del domicilio de este, prohibiendo cualquier tipo de convenio sobre la jurisdicción, poniéndose de resalto la limitación de la autonomía de la voluntad mencionada anteriormente.

Si bien en el artículo 2654 del CCyCN no se hizo mención alguna a los contratos celebrados a distancia, no hay óbice para que se apliquen las reglas allí contenidas para dirimir el entuerto.¹⁹⁰ En este sentido, llegado el caso, también podría recurrirse al diálogo de fuentes¹⁹¹ para integrar con las disposiciones del artículo 1109 del CCyCN en caso de que este resulte más favorable al consumidor turista electrónico.

Otra opción ensayada para litigar en los tribunales del domicilio del consumidor fue el foro de necesidad contemplado en el artículo 2602 del CCyCN, el cual habilitaría a los jueces argentinos a dirimir una causa de Derecho Internacional sin tener competencia para ello, en virtud de la necesidad extrema de evitar una denegación internacional de justicia. Sin embargo, esto es solo una medida excepcional y no podría constituir una regla para estos casos.¹⁹² Empero, cabría preguntarse si en todas las situaciones en las cuales un consumidor turista electrónico se encuentre involucrado, dada su condición de hipervulnerabilidad, estarían reunidas las características excepcionales exigidas en el artículo 2602 del CCyCN. Esto teniendo en cuenta las

¹⁸⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial N° 191/2011, 1ª ed., Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 610.

¹⁹⁰ Vieira, Luciane Klein, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 248.

¹⁹¹ Cerdeira, Juan José, “Hacia una protección al consumidor turista y al visitante extranjero en el contexto global”, *RDCO* 294, 121.

¹⁹² Vieira, Luciane Klein, ob. cit., p. 244.

dificultades que *per se* tienen esta clase de consumidores para acceder a la justicia, cuestión que se agravaría mucho más cuando la relación de consumo fuere internacional.

Con respecto al derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo, en el artículo 2655 del CCyCN se estableció que será aquel que rija en el domicilio del consumidor. Sin embargo, para que ello suceda, debe encuadrar dentro de alguno de los cuatro supuestos que estableció la norma, a saber:

- a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este cumplió con los actos necesarios para su conclusión;
- b) si el proveedor recibió el pedido desde el Estado del domicilio del consumidor;
- c) si el consumidor fue inducido a desplazarse hasta otro Estado para realizar la contratación;
- d) si los contratos de viajes por precio global comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Si no se produce ninguno de los supuestos planteados anteriormente, la ley aplicable será la del lugar de cumplimiento y, en su defecto, la del derecho del lugar de celebración.

Al respecto, cabe señalar que la regla del derecho aplicable al domicilio del consumidor ha sido considerada más beneficiosa por resultar conocida a este, dada la cercanía, habitualidad y posibilidad de prever algunas consecuencias en torno al derecho que se le aplica. Es por ello que a dicha regla se la puede considerar como una presunción en todas aquellas relaciones de consumo internacionales.¹⁹³

Sin perjuicio de ello, esta presunción *iuris tantum* podría ceder cuando existiese la posibilidad de que la legislación aplicable al proveedor pudiera serle más favorable al consumidor. En este caso, dicha regla deberá dejarse de lado en pos de la aplicación de unas normas más beneficiosa al consumidor.¹⁹⁴

¹⁹³ *Ibidem*, p. 377.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 378-379. La autora expuso como ejemplo la actual situación de Venezuela, en donde se derogó la ley tuitiva del consumidor. Si un residente de ese país contratase con un proveedor brasileño, sin lugar a dudas tendrá

Esta solución podría aplicarse al tema *sub examine*, puesto que, conforme se expuso, no hay reglas específicas en materia de contratos de consumo electrónicos internacionales, por lo cual, deberá recurrirse al diálogo entre los artículos 1109 y 2655 del CCyCN, pudiendo aplicársele al consumidor turista electrónico las leyes del país del proveedor en virtud del lugar donde debe recibir la prestación (art. 1109). En definitiva, deberá estarse a la solución más favorable al consumidor, incluso por imperio del principio *pro homine* y el principio protectorio.

Por último, no debe soslayarse que todas estas normas, en virtud de lo establecido en el artículo 63 de la LDC, son de plena aplicación a los contratos aeronáuticos electrónicos, ya que no existe ninguna norma al respecto en la legislación especial.¹⁹⁵ De este modo, cuando el consumidor turista contrate por la página web de la aerolínea un pasaje aéreo, le serán de plena aplicación los artículos 1105 y siguientes del CCyCN, gozando del derecho de arrepentimiento, a la información detallada y específica, a la jurisdicción aplicable de la manera más conveniente, entre otros.

A.2) Leyes Nros. 25.997 y 26.104

En lo que respecta a la normativa específica del sector turístico, vale la pena destacar estas dos leyes que pueden resultar aplicables al supuesto que aquí se analiza.

La Ley Nacional de Turismo N° 25.997 tuvo por finalidad declarar de interés nacional al turismo como actividad socioeconómica, estratégica y esencial para el desarrollo del país, promoviendo, desarrollando, fomentando y regulando la actividad en cuestión (art. 1°).

Si bien el contenido de la norma en gran parte está destinado a regular la actividad y la creación de órganos específicos (verbigracia, el Consejo Federal de Turismo), se puede vislumbrar que en el artículo 37 se dedicó a la protección del turista. Lo que se puede destacar es

más derechos como consumidor bajo el amparo de la normativa brasileña.

¹⁹⁵ Barreiro, Karina, “El contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *RCCyC* 2016 (julio), 06/07/2016, 186.

el mandato dado a la autoridad de aplicación, la instrumentación de normas y procedimientos eficaces para la protección de los turistas y la prevención y solución de conflictos que puedan llegar a suscitarse.

Por otro lado, la Ley N° 26.104 tuvo por objeto regular la publicidad con fines turísticos. Habida cuenta de ello, se indicaron parámetros específicos relativos al concepto de publicidad con fines turísticos (art. 2°), las medidas e información obligatoria que debían guardar las publicidades gráficas (art. 3°), medios televisivos o cinematográficos (art. 4°) y otros medios electrónicos (art. 4° bis). Por último, se dejaron a salvo las exigencias de otras normas (art. 5°) y se aplicó el régimen sancionatorio establecido en la Ley N° 22.802¹⁹⁶ (art. 6°).

Ambas normas pueden integrarse a las disposiciones protectorias del consumidor turista electrónico, en la medida en que puedan favorecer su protección. En definitiva, en el artículo 37 de la Ley N° 25.997 no se hace más que exigir que las autoridades de aplicación de la actividad turística diseñen, fomenten e instrumenten mecanismos de protección y solución de controversias para los turistas. Esto se encuentra en consonancia con las disposiciones en la materia establecidas en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Igual función cumple la Ley N° 26.104, la cual también se integra a las normas específicas que reglamentan la publicidad reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley N° 24.240 y la Ley N° 22.802 (hoy Decreto N° 274/2019).

A.3) Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

El 6 de diciembre de 2018, luego de un arduo trabajo, la Comisión Reformadora de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “Comisión”) presentó ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “Anteproyecto”), mediante el cual se introducirían importantes reformas al régimen vigente.

Dentro de las previsiones proyectadas pueden ser de utilidad para este trabajo las relativas a la propuesta de establecer la categoría de consumidor hipervulnerable. En efecto, en el artículo 3º del Anteproyecto se prevé la acentuación del principio protectorio cuando uno de estos consumidores sea parte de la relación de consumo. A su vez, en el artículo 5º, inciso 6º, se dispone la incorporación expresa del principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad.

Otro de los puntos abordados fue el comercio electrónico. En seis artículos, se propuso regular de manera enérgica las cuestiones relacionadas a este campo, destacándose la enumeración de derechos de los consumidores electrónicos y la responsabilidad de los intermediarios.

La Comisión expuso las fuentes que tomó en cuenta para redactar los artículos propuestos. Entre las principales se encuentran las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, en especial la equiparación de los derechos contenida en la Directriz N° 63. A su vez, se mencionó la toma en cuenta de las previsiones de la Directiva N° 2000/31/CE para regular la responsabilidad de los portales de subastas o ventas online. Y, por último, se mencionó que se tuvieron en cuenta informes de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y del Grupo de Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor.

En este contexto, en el Capítulo 9 del Anteproyecto se encuentra la propuesta de regulación para el comercio electrónico. En el artículo 71¹⁹⁷ se establece la equiparación de derechos, es decir, siguiendo los lineamientos de la Directriz N° 63 de las Directrices, no puede haber diferencia de nivel de protección entre el comercio electrónico y el comercio tradicional.

En el artículo 72¹⁹⁸, siguiendo lo establecido en la Directriz N° 64 de las Directrices, se dispone la exigencia a los proveedores de que

¹⁹⁷ “Artículo 71. Equiparación de derechos. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización propuestas por un proveedor respecto de un consumidor”.

¹⁹⁸ “Artículo 72. Información al consumidor. En las diferentes etapas de la contratación electrónica se exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente

los consumidores sean informados con los estándares más elevados cuando se trate de contratación electrónica. Esto resulta determinante si se tiene en cuenta que el consumidor turista electrónico se encuentra comprendido dentro de la categoría de consumidor hipervulnerable. Por lo tanto, frente a este fenómeno, la protección debe acentuarse a los fines de atenuar la desigualdad que existe entre ambas partes y la información es una vía idónea para atenuar dicha asimetría.

Otro punto destacable del Anteproyecto es la regulación de la responsabilidad de los intermediarios. En el artículo 73 se regulan los portales de ventas y se establecen las causales de exención de responsabilidad, a saber: a) cuando no haya desempeñado un rol activo en la operación y b) no haya generado una particular confianza en el consumidor.

Por otro lado, en el artículo 74 se propone establecer derechos específicos para los consumidores electrónicos:

- a) Exigir la entrega de los bienes en un plazo máximo de treinta (30) días.
- b) Consentir de manera expresa el pago adicional a las remuneraciones acordadas.
- c) Revocar la aceptación en los términos del artículo 1110 del CCyCN.
- d) Acceder a la jurisdicción correspondiente a su domicilio, es decir, al domicilio del consumidor.

En este último inciso, se asentaría la regla de jurisdicción que se presume más beneficiosa para el consumidor, otorgándole al consumidor la posibilidad de litigar en los tribunales de su domicilio sin importar si es él quien demanda o es demandado.

Por último, es dable señalar las previsiones relacionadas con el derecho de rescisión. En efecto, en el artículo 76¹⁹⁹ del Anteproyecto se

consciente de sus derechos y de sus obligaciones. A estos fines, se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor”.

¹⁹⁹ “Artículo 76. Rescisión por medio electrónico. Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible. A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servicios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código

propuso como regla rescindir la contratación por el mismo medio en el cual se la realizó.

Conforme puede colegirse, en el Anteproyecto se recogieron los diversos criterios jurisprudenciales esbozados, sumados a experiencias extranjeras y normas supranacionales como las Directrices. De este modo se procura brindar soluciones acordes a los desafíos que plantea el comercio electrónico para los consumidores y serían de vital importancia para la protección de los consumidores turistas electrónicos.

B. Jurisprudencia

Resulta relativamente complicado encontrar pronunciamientos judiciales en los cuales confluyan las cuestiones relacionadas al consumidor turista y el comercio electrónico. Sin embargo, existen diversos fallos en los cuales se abordaron de alguna u otra manera las cuestiones relacionadas con las dificultades que estos tipos de relaciones de consumo representan.

B.1) Caso “Lan Airlines S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley N° 24.240”²⁰⁰

Este caso, cuyos hechos se dieron de manera previa a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se trata de una sanción impuesta a una compañía de transporte aéreo en virtud de lo establecido en el artículo 34 de la LDC, como consecuencia del incumplimiento al pedido de revocación solicitado por el consumidor turista de la compra de unos tickets aéreos efectuada vía internet.

Lo interesante del caso, además de aplicar la norma protectoria de los consumidores a un contrato de transporte aéreo, fueron las precisiones dadas acerca de la forma en la que debía informarse el derecho

de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

²⁰⁰ C. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, “Lan Airlines S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley N° 24.240”, del 22 de diciembre de 2015, *DJ* 22/06/2016, 48.

de revocación del contrato electrónico. Sobre este punto, el tribunal sostuvo que “[...] la facultad de revocar la aceptación dentro de los diez días de suscripto el contrato vía electrónica, debe incluirse en forma clara y notoria en aquel”.

Este pronunciamiento judicial pone de resalto la extrema importancia que guarda la obligación de informar claramente el derecho que posee el consumidor a revocar el contrato, en consonancia con lo posteriormente regulado en el artículo 1111 del CCyCN. Asimismo, tal como se ha expuesto, tanto en las Directrices como en los demás instrumentos del Derecho Internacional, el deber de información adquiere un papel fundamental en las relaciones de consumo, tanto transfronterizas como electrónicas. Es por ello que este fallo puede contribuir a la interpretación de las normas aplicables a los consumidores turistas electrónicos.

B.2) Caso “Pérez Morales, Gonzalo M. c/ Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ ordinario”²⁰¹

En este caso, el entuerto se produce como consecuencia de la contratación por parte de un consumidor turista de hoteles en el extranjero a través de la plataforma www.booking.com.ar. La filial argentina de la plataforma opuso excepción de incompetencia de la justicia local para entender en las actuaciones, por cuanto la demanda debía interponerse en Holanda por ser el lugar donde se encontraba radicada la sede de la plataforma. Sin perjuicio de ello, el juez de primera instancia rechazó la mentada excepción. Ante ello, Booking.com Argentina S.R.L. apeló ante la Cámara.

Como consecuencia, la Sra. fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en virtud a la forma por la cual se había dado la relación de consumo, estimó que se estaba en presencia de un contrato internacional y, por lo tanto, le cabía la aplicación de las normas establecidas en lo referido a ello. Así, la fiscal puso de resalto la plena aplicación de las disposiciones del artículo 2654 del CCyCN.

²⁰¹ C. Nac. Com., Sala C, “Pérez Morales, Gonzalo M. c/ Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ ordinario”, del 10 de agosto de 2017, *LL* 2017-E, 335.

Habida cuenta de ello, el tribunal, compartiendo lo dictaminado por la Sra. fiscal, declaró aplicable el artículo 2654 del CCyCN al contrato en cuestión. Asimismo, se reconocieron las particularidades que revisten las operaciones internacionales realizadas por internet y su consecuente dificultad para poder determinar la jurisdicción competente en estos tipos de contratos.

Por otra parte, el tribunal descartó la utilización de los puntos de conexión como el server desde donde se logra la conexión a la red o la localización física de sus computadoras, puesto que se podría modificar a distintos Estados la ubicación de los servidores, dificultando la posibilidad de ser sometido a justicia alguna. A raíz de ello, los jueces sostuvieron que cuando existiesen casos en los que resulta difícil o casi imposible localizar el domicilio del demandado, si existen elementos suficientes que lo vinculen a la Argentina, los jueces podrían asumir la jurisdicción internacional en virtud del foro de necesidad establecido en el artículo 2602 del CCyCN.

Este es tal vez el punto central del pronunciamiento analizado, ya que se admitió la posibilidad de que los jueces argentinos asumieran la competencia frente a un caso en el cual existiese una relación de consumo internacional ante la dificultad extraordinaria de poder demandar al proveedor, en vistas de evitar una denegación internacional de justicia. Sin perjuicio de ello, conforme fuese expuesto oportunamente, esta solución sería excepcional y no podría constituir la regla.

B.3) Caso “Lan Airlines S.A. y otros c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”²⁰²

En el marco de una multa impuesta por la autoridad local de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor por infracción a los artículos 4º y 34 de dicha ley, el caso se trató de un incumplimiento relativo a la compra por internet de “millas” de viajeros del programa de fidelización de la aerolínea a través de un determinado banco. Si bien ambas

²⁰² C. Cont., Adm. y Trib. CABA, Sala II, “Lan Airlines S.A. y otros c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, del 13 de noviembre de 2018, Expte. N° Exp. 774411/2016-0.

entidades fueron sancionadas, es interesante destacar algunos puntos esbozados en el presente pronunciamiento.

Ante ello, la compañía aérea planteó que el litigio se debería llevar adelante en Chile y regido por las leyes de ese país por encontrarse allí la casa matriz. Sin embargo, el tribunal consideró que dicho argumento soslayaba lo dispuesto en los artículos 1109 y 2655 del CCyCN. Por consiguiente, independientemente de ello, se estimó que el sancionado se trataba de una empresa radicada en el país y que comercializó el producto dentro del territorio argentino.

Otro punto destacable de la sentencia fueron las precisiones dadas con respecto al alcance de las disposiciones del artículo 34 de la LDC y el carácter abusivo de la cláusula impuesta mediante la cual se vedaba la posibilidad de que el consumidor pudiera revocar su aceptación.

Por último, siendo tal vez trascendental, se destacó: “[...] frente a un supuesto de contratación con cláusulas predispuestas y bajo la modalidad electrónica en cuyo ámbito el derecho a la información reviste de vital importancia por la especial vulnerabilidad de los consumidores que recurren a este medio”.

De este modo, se contempló la situación de hipervulnerabilidad por la cual atraviesa el consumidor turista electrónico, invocando inclusive la necesidad de fomentar la confianza de los consumidores que acudan a los medios electrónicos en los términos de lo dispuesto en la Directriz de las Naciones Unidas N° 63.

B.4) Caso “Agromayor, Denise y otro c/ American Airlines Inc. y otro s/ incumplimiento de contrato”²⁰³

En este precedente, las actoras habían contratado vía internet desde la Argentina –utilizando una tarjeta nacional– dos pasajes aéreos Buenos Aires (Argentina) - Los Ángeles (Estados Unidos de Norteamérica), ida y vuelta y, además, otros dos pasajes ida y vuelta Los Ángeles - Las Vegas (ambos Estados Unidos de Norteamérica). Esta última contratación se

²⁰³ C. Civ. y Com. Fed., Sala III, “Agromayor, Denise y otro c/ American Airlines Inc. y otro s/ incumplimiento de contrato”, del 19 de marzo de 2019, Causa N° 4761/2017/CA1.

dio con miras a llegar a Los Ángeles con cuatro (4) horas de anticipación al despegue del vuelo de vuelta a Buenos Aires. Sin embargo, ante una demora en el vuelo Las Vegas - Los Ángeles, perdieron el vuelo de vuelta a Buenos Aires, por lo cual tuvieron que abonar una multa de doscientos dólares norteamericanos (U\$S 200). En virtud de ello, reclamaron la indemnización de las consecuencias perniciosas causadas por la mentada demora.

Este fallo tiene dos aspectos que merecen ser destacados. En primer lugar, el tribunal consideró que la determinación de la competencia en el caso era una cuestión de discernimiento de ley aplicable. Por esta razón, determinaron que, al tratarse de una cuestión de Derecho Internacional Privado, debía recurrirse de manera primaria a los tratados específicos de la materia. Es por ello que consideraron aplicable el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional de Montreal (en adelante, “Convenio de Montreal”). En virtud de ello, luego de mencionar los puntos de conexión que presentaba el caso, determinaron que los tribunales argentinos resultaban competentes por imperio de los artículos 33.2, 33.1 y 46 del mencionado Convenio.

Esta solución podría resultar criticable –más allá de que en el caso particular el resultado fuera este– si partimos de la base de que se está en presencia de una relación de consumo transfronteriza celebrada por medios electrónico. Ergo, independientemente de lo criticable y desafortunada que fuera la regulación de la materia, dicha situación escapa a lo establecido en el artículo 63 de la LDC, puesto que no existen en la Convención de Montreal –ni en el Código Aeronáutico– provisiones acerca de contratos celebrados por medios electrónicos. En consecuencia, las normas protectorias del consumidor –aun con la nefasta lógica establecida en el mentado art. 63– se imponen dado que allí sí se encuentran las disposiciones referidas a los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos. Esto trae como consecuencia la aplicación de los artículos 2654 y 2655 del CCyCN para resolver la cuestión.

En otro orden de ideas, el asunto a destacar desde el punto de vista del consumidor turista electrónico es el reconocimiento expreso por parte del tribunal de la situación especial de vulnerabilidad en la que se encuentran estos consumidores, en sintonía con lo expuesto en este trabajo.

Es por ello que este fallo, a pesar de la ley aplicable elegida por los jueces, resulta de importancia a los fines de reconocer la especial tutela que requieren los consumidores turistas electrónicos.

IV. Problemas comunes de los consumidores turistas electrónicos

A. Economías colaborativas

Uno de los principales cambios que produjo el auge del comercio electrónico fue la aparición de las economías colaborativas. Este fenómeno ha alterado drásticamente las formas de consumir diversos servicios, siendo el sector turístico uno de los más permeables a estos cambios. En efecto, la aparición de plataformas como Airbnb o Couchsurfing ha hecho que los consumidores turistas se inclinen a realizar las contrataciones de servicios turísticos por su cuenta, abandonando la costumbre de acudir a los agentes de viajes para tales menesteres.

En este contexto, como una característica de esta clase de plataformas en general, se ha identificado como uno de los principales problemas que deben afrontar los consumidores electrónicos la dificultad de identificar a los proveedores.²⁰⁴ Esta cuestión quedaría dentro de las previsiones de las Recomendaciones de la OECD, en las que se sugiere informar los principales datos que permitan identificar a los proveedores en línea.

La aparición de esta nueva modalidad compele a replantearse si dichas plataformas tienen algún grado de responsabilidad o, por el contrario, no cabría endilgárseles nada.

Ante ello, en el marco de la Unión Europea existe el Reglamento UE N° 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, en el cual se busca regular dicha actividad y su relación con las empresas que utilicen esos servicios. En lo que aquí atañe, en la mentada propuesta se entiende que las economías colaborativas se encuentran comprendidas entre los servicios de intermediación en línea que se pretenden regular.²⁰⁵

En esta línea de pensamiento, resulta importante destacar las normas citadas en los puntos II y III del presente trabajo, las cuales son

²⁰⁴ UNCTAD, “Consumer protection...”, ob. cit., para. 11 y recuadro 2.

²⁰⁵ Ver considerando 11 del Reglamento (UE) N° 2019/1150.

de plena aplicación a las economías colaborativas. En efecto, independientemente de constituirse como intermediario, se puede establecer la existencia de una relación de consumo entre el consumidor y la plataforma.

En virtud de ello, en el caso de los servicios turísticos, existen plataformas en las cuales las personas ofrecen alojamiento por su intermedio a través del cual el consumidor turista puede seleccionarlo y contratarlo como lugar para pasar su estadía. Sin embargo, la plataforma, además de cobrar un precio por el uso del espacio, les exige a aquellos sujetos que quieran ofrecer su alojamiento por esta vía que se adecuen a sus políticas de publicación, contenido, tratamiento al consumidor turista, entre otros. Estas acciones trascienden las barreras de la mera intermediación y le otorgan a la plataforma un amplio poder al moldear la eventual relación de consumo que se propicia por su intermedio. En otras palabras, estos espacios en línea tienen la posibilidad de dirigir la publicidad, establecer políticas de aceptación de huéspedes, excluir a aquellos sujetos que se encuentran publicados por no cumplir con las condiciones estipuladas, entre otras facultades que ellos mismos se reservan.

Como ejemplo de lo expuesto anteriormente, cabe realizar un breve repaso sobre algunos términos y condiciones que publicita la plataforma Airbnb.²⁰⁶ Contiene algunas cuestiones curiosas que se reportan en las primeras cláusulas. Por un lado, en la cláusula 1.4²⁰⁷ se establecieron

²⁰⁶ A los fines del presente trabajo, se consultaron los términos y condiciones actualizados al 21 de enero de 2019, los cuales se encontraban vigente al momento de efectuar la última visita al sitio.

²⁰⁷ “1.4 Si decide utilizar la Plataforma de Airbnb como Anfitrión o Coanfitrión (conforme a lo definido a continuación), su relación con Airbnb se limitará a la de tercero contratista independiente y no la de un empleado, agente, integrante en una empresa conjunta o socio de Airbnb por motivo alguno. Además, usted actuará exclusivamente en su propio nombre e interés, y no en nombre ni en el interés de Airbnb. *Airbnb no dirige ni controla, ni se considerará que dirija o controle, las acciones que usted realice ni su comportamiento bajo los presentes Términos*, incluso en lo que respecta a su prestación de los Servicios de Anfitrión. Usted reconoce y acepta que puede, a su exclusivo criterio, anunciar Servicios de Anfitrión o emprender cualquier otra actividad comercial o laboral” (lo destacado no pertenece al texto original), <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

los términos de la relación entre Airbnb y el anfitrión.²⁰⁸ Sin embargo, en la cláusula 2.3²⁰⁹ se estableció la potestad de la plataforma de supeditar el acceso y el uso de dicha plataforma o de realizar procesos de verificación. Inclusive, a pesar de alegar su supuesta “neutralidad” con respecto a la relación entre el anfitrión y el huésped, en la cláusula 5.1²¹⁰ se estipuló la posibilidad de que Airbnb controle (a su exclusivo criterio) el contenido que puedan subir los miembros.

²⁰⁸ El funcionamiento de la plataforma está determinada en el artículo 1.1, en el cual se establecieron las definiciones aplicables al presente documento: “1.1 La Plataforma de Airbnb es un mercado en línea que permite que los usuarios registrados (‘Miembros’) y ciertos terceros que ofrecen servicios (los Miembros y terceros que ofrecen servicios son ‘Anfitriones’ y los servicios que ofrecen son ‘Servicios de Anfitrión’) publiquen dichos Servicios de Anfitrión en la Plataforma de Airbnb (‘Anuncios’) y comuniquen y gestionen directamente con los Miembros que desean reservar dichos Servicios de Anfitrión (los Miembros que utilizan los Servicios de Anfitrión son ‘Huéspedes’). Los Servicios de Anfitrión pueden incluir la oferta de propiedades desocupadas o de otro tipo para su uso (‘Alojamientos’), actividades de uno o varios días en diversas categorías (‘Experiencias’), acceso a eventos y lugares únicos (‘Eventos’), así como toda una gama de demás servicios relacionados o no con el viaje”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²⁰⁹ “2.3 Airbnb podrá supeditar el acceso y uso de la Plataforma de Airbnb, o de ciertas áreas o funciones de la misma, a determinadas condiciones o requisitos, como realizar un proceso de verificación, cumplir cualidades concretas o criterios de elegibilidad, satisfacer umbrales de Evaluaciones o Comentarios o un determinado historial de reservas y cancelaciones de un Miembro” (lo destacado no pertenece al texto original), <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁰ “5.1 Airbnb podrá, a su exclusivo criterio, permitir que los Miembros (i) creen, suban, publiquen, envíen, reciban y almacenen contenido, como texto, fotos, audio, vídeo y demás material e información a, o a través de, la Plataforma de Airbnb (‘Contenido del Miembro’); y (ii) accedan y visualicen el Contenido del Miembro y cualquier contenido que el propio Airbnb ponga a disposición en o a través de la Plataforma de Airbnb, incluyendo contenido propiedad de Airbnb y contenido bajo licencia o autorizado por un tercero a su uso por parte de Airbnb o a través del mismo (‘Contenido de Airbnb’ y, junto con Contenido del Miembro, ‘Contenido Colectivo’)”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

Manifestadas estas contradicciones, en los términos del servicio existen distintas cláusulas predispuestas que importan renunciaciones y afectaciones de los derechos de los consumidores turistas electrónicos, a saber:

a) Decisión unilateral por parte de Airbnb a su exclusivo criterio sobre el reintegro de lo abonado por el consumidor ante un contra-tiempo (cláusula 9.6).²¹¹ En este caso, puede suceder que la plataforma no proceda al reembolso de lo abonado ante la falta de prestación del servicio, ya que ello solo procedería si el proveedor así lo considera, quedando sujeto a su puro arbitrio sin la intervención de autoridades.

b) Reconocimiento de eximición de responsabilidad de Airbnb con respecto al acceso o utilización de la plataforma por parte de los miembros (cláusula 14.2).²¹² Aquí se impone a los consumidores el re-

²¹¹ “9.6 Si un Huésped que reserva un alojamiento sufre un Contratiempo de Viaje, como se define en la Política de Reembolso al Huésped, Airbnb podrá decidir, a su exclusivo criterio, reembolsar al Huésped la totalidad o parte de las Tarifas Totales de conformidad con las Política de Reembolso al Huésped. Si un huésped que reserva una Experiencia, Evento u otro tipo de Servicio de Anfitrión sufre un problema con el Viaje como se define en la Política de Reembolso de Experiencias, Airbnb podrá determinar, a su entera discreción, reembolsar la parte del huésped o todos los costos totales de acuerdo con la Política de Reembolso de Experiencia”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#-noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹² “14.2 *Usted reconoce que Airbnb no tiene obligación de supervisar el acceso o utilización de la Plataforma de Airbnb por parte de ningún Miembro ni de revisar, desactivar el acceso ni modificar ningún Contenido del Miembro, pero sí tiene derecho a obrar de tal manera con el fin de (i) operar, proteger y mejorar la Plataforma de Airbnb (incluido, sin limitación, con fines de prevención de fraudes, de evaluación de riesgos, de investigación y de servicio al cliente); (ii) asegurarse del cumplimiento por parte de los Miembros de los presentes Términos; (iii) cumplir la legislación vigente o una orden o requerimiento judicial o emitido por las fuerzas del orden y demás agencias administrativas u órganos gubernamentales; (iv) responder a Contenido del Miembro que determine ser dañino u ofensivo; o (v) conforme a lo que se disponga de otro modo en los presentes Términos. Los Miembros aceptan cooperar y asistir a Airbnb de buena fe, así como proporcionarle información y adoptar medidas que Airbnb pueda solicitar dentro de lo razonable con respecto a cualquier investigación que este o uno de sus representantes emprenda en relación con la utilización o el abuso de la Plataforma de Airbnb” (lo destacado no pertenece al texto original), <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].*

conocimiento de la ausencia de obligación de control cuando la propia plataforma se adjudica esa potestad para impedir o restringir el acceso o uso de la plataforma.

c) Estipulación unilateral de la facultad de Airbnb de rescindir el contrato y/o impedir el acceso a la plataforma con carácter inmediato y sin previo aviso (cláusula 15.4).²¹³

d) Exenciones de responsabilidad, traslado de riesgos a los consumidores y límite a las eventuales indemnizaciones (cláusulas 16²¹⁴ y

²¹³ “5.4 Airbnb podrá rescindir el presente Contrato y/o impedir el acceso a la Plataforma de Airbnb, con carácter inmediato y sin previo aviso, en caso de que (i) usted haya incumplido sustancialmente sus obligaciones en virtud de los presentes Términos, los Términos de Pago, nuestras Políticas o Normas, (ii) usted haya vulnerado alguna ley, normativa o derechos de terceros que le sean de aplicación, o (iii) Airbnb considere de buena fe que tal acción resulta razonablemente necesaria para proteger la seguridad personal o los bienes materiales de Airbnb, sus Miembros o terceros (p. ej., en caso de comportamiento fraudulento de un Miembro)”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁴ “16. Exenciones de responsabilidad.

Si opta por utilizar la Plataforma de Airbnb o el Contenido Colectivo, usted obrará así de forma voluntaria y por su propia cuenta y riesgo. La Plataforma de Airbnb y el Contenido Colectivo se ofrecen ‘tal cual’, sin garantía de ningún tipo, ya sea expresa o implícita.

Usted acepta que ha contado con la oportunidad de informarse de los Servicios de Airbnb, la legislación, reglas o normativas que pudieran ser de aplicación a sus Anuncios y/o Servicios de Anfitrión que recibe y que no se basa en ninguna declaración de hecho o de derecho realizada por Airbnb en relación con un Anuncio.

Si decidimos realizar una verificación de identidad o comprobaciones de antecedentes sobre algún Miembro, en la medida permitida por la legislación aplicable, renunciamos a cualquier garantía de cualquier tipo, ya sea expresa o implícita, respecto a que dichas comprobaciones acaben detectando pasadas conductas inapropiadas por parte de un Miembro o que se garantice que un Miembro no vaya a adoptar un comportamiento inapropiado en el futuro.

Usted acepta que algunas Experiencias, Eventos y demás Servicios de Anfitrión o el Servicio de Pago en Grupo pueden acarrear un riesgo inherente, y al participar en esos servicios, usted decide asumir voluntariamente tales riesgos. Por ejemplo, es posible que algunos Servicios de Anfitrión acarreen el riesgo de enfermedades, lesiones, incapacidades o fallecimiento, y usted asume libre y voluntariamente tales riesgos al decidir participar en dichos Servicios de Anfitrión. Usted asume la plena responsabilidad por las elecciones que haga antes, durante

17²¹⁵). En ambas cláusulas se establecen términos perniciosos para los

y después de su participación en un Servicio de Anfitrión o en el Servicio de Pago en Grupo. En caso de que traiga a un menor de edad como Huésped adicional, acepta que asumirá la responsabilidad exclusiva por la supervisión de dicho menor a lo largo de todo el Servicio de Anfitrión y en la máxima medida permitida por la legislación acepta exonerar a Airbnb de cualquier responsabilidad y reclamación que pudiera surgir de cualquier manera a raíz de lesiones, fallecimiento, pérdidas o daños acaecidos a dicho menor de edad durante el Servicio de Anfitrión o relacionado de cualquier forma con el mismo.

Las anteriores limitaciones de responsabilidad se aplican en la máxima medida permitida por la legislación. Es posible que le asistan otros derechos conferidos por leyes o reglamentos. Sin embargo, la duración de las garantías legales o reglamentariamente necesarias, si las hubiere, estará limitada a la máxima medida permitida por la ley”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#no-neu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁵ “17. Responsabilidad.

Usted reconoce y acepta que, en la máxima medida permitida por la legislación, le corresponderá a usted la totalidad del riesgo que se desprenda de su acceso y utilización de la Plataforma de Airbnb y del Contenido Colectivo, de su publicación o reserva de algún Anuncio a través de la Plataforma de Airbnb, de su estancia en algún Alojamiento, de la participación en una Experiencia o Evento o del disfrute de cualquier Servicio de Anfitrión o del Servicio de Pago en Grupo o de cualquier otra interacción que tenga con otros Miembros, ya sea en persona o en línea. Ni Airbnb ni ninguna otra parte involucrada en la creación, producción o entrega de la Plataforma de Airbnb o del Contenido Colectivo serán responsables de ninguna indemnización por daños y perjuicios de carácter incidental, fortuito, especial, ejemplar o emergente, incluido lucro cesante, pérdida de datos o pérdida de fondo de comercio, interrupción del servicio, daño informático o fallo del sistema o el coste de los productos o servicios de sustitución, ni por ninguna indemnización por daños y perjuicios debidos a lesión personal o física o sufrimiento emocional que se desprenda de, o guarde relación con, (i) los presentes Términos, (ii) la utilización de, o la imposibilidad de utilizar, la Plataforma de Airbnb o el Contenido Colectivo, (iii) cualesquiera comunicaciones, interacciones, reuniones con otros Miembros y demás personas con quien usted comunique, interactúe o se reúna como resultado de su utilización de la Plataforma de Airbnb, o (iv) su publicación o reserva de un Anuncio, incluida la prestación o disfrute de Servicios de Anfitrión de un Anuncio, ya sea con base en la garantía, en el contrato, en un delito civil (como el de negligencia), en la responsabilidad de producto o en cualquier otro fundamento jurídico, y tanto si Airbnb ha sido informado de la posibilidad de dichos perjuicios como si no, aunque se concluya que algún

consumidores turistas electrónicos. Se traslada a estos todo el riesgo que se pueda desprender del acceso y uso de la plataforma, así como también se establecieron eximiciones específicas con respecto a rubros específicos, incluso limitando las eventuales indemnizaciones por las cuales fueran condenados. Todo esto implica renuncias a los derechos de los consumidores que afectan la confianza y seguridad en la utilización del servicio, contraviniendo las legítimas expectativas que aquel pueda generarse.

e) Asunción por parte de los consumidores de la obligación de mantener indemne a Airbnb (cláusula 18²¹⁶).

recurso de los contemplados en el presente no haya logrado su propósito fundamental. Con excepción de nuestras obligaciones a pagar los importes a los Anfitriones correspondientes con arreglo a los presentes Términos o de una solicitud de pago aprobada en virtud de la Garantía al Anfitrión de Airbnb, en ningún caso la responsabilidad total de Airbnb que se desprenda de, o guarde relación con, los presentes Términos y la utilización de la Plataforma de Airbnb, incluido, sin limitación, su publicación o reserva de cualquier Anuncio a través de la Plataforma de Airbnb, o la utilización de, o imposibilidad de utilizar, la Plataforma de Airbnb o el Contenido Colectivo y en relación con cualquier Alojamiento, Experiencia, Evento, otros Servicios de Anfitrión, Servicio de Pago en Grupo o interacciones con cualesquiera otros Miembros, superará los importes que usted haya pagado o adeude en concepto de reservas a través de la Plataforma de Airbnb en calidad de Huésped, en el período de doce (12) meses anteriores al suceso que haya originado la responsabilidad, o en caso de que sea usted un Anfitrión, los importes que Airbnb le haya pagado en el período de doce (12) meses anteriores al suceso que haya originado la responsabilidad, o bien la cantidad de cien dólares estadounidenses (100 USD), si no se hubiesen realizado ninguno de tales pagos, según proceda. Las limitaciones de las indemnizaciones por daños y perjuicios antes estipuladas son elementos fundamentales del acuerdo entre Airbnb y usted. Algunas jurisdicciones no permiten la exclusión o la limitación de responsabilidad por daños y perjuicios consecuenciales o incidentales, de modo que la anterior limitación podría no ser aplicable a su caso. Si reside fuera de EE. UU., esto no afecta a la responsabilidad de Airbnb por fallecimiento o lesión personal que se desprenda de la negligencia de este, ni por falsedad fraudulenta, falsedad respecto a un asunto fundamental ni ninguna otra responsabilidad que no pueda excluirse ni limitarse en virtud de la legislación aplicable”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁶ “18. Indemnización.

En la medida máxima permitida por la ley aplicable usted acepta eximir, defen-

f) Aceptación de acuerdo de arbitraje para algunos países, renuncia a juicios por jurados y renunciaciones a la interposición de demandas colectivas (cláusulas 19.1²¹⁷, 19.10²¹⁸ y 19.11²¹⁹, respectivamente). De

der (según el criterio de Airbnb), indemnizar y mantener indemne de responsabilidad a Airbnb y a sus filiales y subsidiarias, incluida, sin limitación, Airbnb Payments, así como a sus responsables, directivos, empleados y agentes, contra y frente cualesquiera reclamaciones, responsabilidades, indemnizaciones por daños y perjuicios, pérdidas y gastos, incluido, sin limitación, los gastos razonables de asesoría jurídica y contable, que se desprendan de, o estén de algún modo relacionados con (i) el incumplimiento por su parte de los presentes Términos o de nuestras Políticas o Normas, (ii) el uso indebido por su parte de la Plataforma de Airbnb o cualesquiera Servicios de Airbnb, (iii) la interacción por su parte con cualquier Miembro, su estancia en un Alojamiento, su participación en una Experiencia, Evento y demás Servicios de Anfitrión, su participación en el Servicio de Pago en Grupo, incluido, sin limitación, cualesquiera lesiones, pérdidas o indemnizaciones por daños y perjuicios (ya sean sanciones sin finalidad resarcitoria, por daños directos, fortuitos, emergentes o de otro tipo) de cualquier índole que surjan en relación con, o como resultado de, dicha interacción, estancia, participación o disfrute, (iv) el Cobro y Transferencia de Impuestos por Ocupación por parte de Airbnb o (v) la infracción por su parte de cualesquiera leyes, normativas o derechos de terceros”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁷ “19.1 Este Acuerdo de Resolución de Disputas y Arbitraje será de aplicación en caso de que (i) Su País de Residencia o lugar de establecimiento sea Estados Unidos; o (ii) su País de Residencia o lugar de establecimiento no sea Estados Unidos, pero emprenda una reclamación contra Airbnb en Estados Unidos (en la medida en que no entre en conflicto con el Apartado 21)”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁸ “19.10 *Renuncia a juicio con jurado*. Usted y Airbnb reconocen y acuerdan que ambos renuncian al derecho a un juicio con jurado respecto a todas las Disputas arbitrales”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²¹⁹ “19.11 *Ausencia de demandas colectivas ni procedimientos representativos*. Usted y Airbnb reconocen y acuerdan que, en la medida máxima permitida por la ley, ambos renuncian al derecho a participar como demandante o miembro participante en una demanda presuntamente colectiva, arbitraje colectivo, demanda particular con efecto de fiscalía general o cualquier otro procedimiento representativo respecto a cualquiera de las Disputas. Además, a menos que usted y Airbnb lo acuerden de otra manera por escrito, el árbitro no puede consolidar más de una reclamación presentada por una persona ni tampoco puede de ninguna otra manera presidir ninguna forma ni clase de

forma completamente abusiva, en los términos se impone la renuncia lisa y llana por parte del consumidor a interponer demandas colectivas o decidir su causa por juicios por jurados. En la Argentina, por ejemplo, esta cláusula directamente colisionaría con el artículo 42 de la Constitución Nacional, puesto que estaría privando al consumidor de la posibilidad de recurrir a un mecanismo efectivo para la solución de su conflicto, garantía específicamente contemplada en la mentada norma constitucional.

g) Imposición de ley aplicable y prórroga de jurisdicción (cláusula 21.3²²⁰). Para coronar esta muestra de cláusulas abusivas, esta restricción y sustracción de derechos resulta contraria a las disposiciones de los artículos 1109, 2654 y 2655 del CCyCN, a cuyo análisis se remite.

procedimiento representativo. Si renuncia a la ‘demanda colectiva’ o la exención de ‘arbitraje de toda la clase’ en esta sección 19.11 es declarado inaplicable con respecto a cualquier Disputa, se considerará nula la totalidad del Acuerdo de Arbitraje con respecto a dicha Disputa y la controversia debe proceder en el Tribunal. Si la renuncia de ‘acción general de abogado privado’ o la renuncia de ‘procedimiento representativo’ en esta sección 19.11 se mantiene inexigible con respecto a cualquier disputa, esas exenciones pueden ser cortadas de este acuerdo de arbitraje y usted y Airbnb acuerdan que cualquier reclamación de abogados generales y reclamaciones representativas en la disputa serán cortadas y quedadas, a la espera de la resolución de cualquier reclamación arbitral en la disputa en arbitraje individual”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

²²⁰ “21.3 Si su país de residencia o lugar de establecimiento no es Estados Unidos ni China, los presentes Términos serán interpretados con arreglo a la legislación irlandesa. Queda excluida la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). La elección de legislación no afecta a sus derechos como consumidor de acuerdo con las normativas de protección al consumidor de su País de Residencia. Si actúa como consumidor, usted acepta someterse a la competencia no exclusiva de los juzgados irlandeses. Los procedimientos judiciales que pueda emprender contra nosotros y que se desprendan de, o guarden relación con, los presentes Términos solo podrán entablarse ante un juzgado local situado en Irlanda o un juzgado competente en su lugar de residencia. Si Airbnb desea ejecutar alguno de sus derechos contra usted como consumidor, podremos actuar de tal manera únicamente en los juzgados de la jurisdicción en la usted resida. Si actúa como empresa, usted acepta someterse a la competencia exclusiva de los juzgados irlandeses”, <https://www.airbnb.com.ar/terms#noneu> [Consultado el 02/08/2019].

Otro punto interesante para destacar de los términos de Airbnb es la diferencia que existe entre los analizados y los términos aplicables para la Unión Europea. Ante ello, puede vislumbrarse un cambio sutil en el lenguaje utilizado, eliminado la frase “a su exclusivo criterio” (por ejemplo, cláusula 9.6). Sin embargo, el cambio más notorio –favorable a los consumidores– se encuentra en las cláusulas 16 y 17, relativas a eximición de responsabilidad y demás cuestiones relacionadas. Con respecto a la primera de ellas, directamente se consignó “Intencionalmente en blanco”, evitando mencionar eximición expresa alguna. En la cláusula 17 de los términos para europeos, no se consignó la asunción de riesgos a cargo del consumidor por el acceso y uso de la plataforma, así como también Airbnb asume expresamente responsabilidades específicas (cuestión que no se registra en los otros términos).

Lo expuesto invita a extremar los controles y el dictado de políticas públicas específicas tendientes a proteger a los consumidores turistas electrónicos, cuya situación se encuentra doblemente agravada, conforme fuese expuesto. Las contradicciones mencionadas, las eximiciones de responsabilidad y las renunciaciones de derechos consignadas en los términos analizados anteriormente, son prueba de la necesidad de seguir construyendo confianza en materia de comercio electrónico, a los fines de fortalecer las relaciones de consumo que se den en ese marco.

Por último, resulta oportuno destacar que estas plataformas deben atender las disposiciones de las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas y las *Consumer Protection in E-commerce OECD Recommendation*, las cuales constituyen guías uniformes a nivel global para una adecuada protección de los derechos de los consumidores.

B. Geo-blocking

Hay oportunidades en las cuales los proveedores de bienes y servicios llevan adelante algunas prácticas que impiden o limitan el acceso a bienes y servicios a los consumidores que desean realizar transacciones transfronterizas. Una de esas prácticas es lo que se conoce como *geo-blocking*, mediante la cual el proveedor restringe o bloquea el acceso de ciertos consumidores basados en la nacionalidad o locación.

En virtud de ello, recientemente, la Unión Europea ha regulado la cuestión mediante la *Regulation (EU) 2018/302 on addressing unjustified*

geo-blocking and other form of discrimination. Allí, se ha entendido que esta práctica consiste en el bloqueo o limitación del acceso a sus interfaces en línea a consumidores de otros Estados Miembros que desean realizar compras transfronterizas, como así también la aplicación de condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios.

Habida cuenta de ello, dicha norma tiene por finalidad evitar la discriminación en razón de la nacionalidad, lugar de residencia o lugar de establecimiento de los clientes en las transacciones transfronterizas.²²¹

En este marco de ideas, al momento de planificar unas vacaciones, el consumidor suele elaborar itinerarios que incluyen lugares y atracciones que quiere visitar o espectáculos que quiere presenciar. Ante ello, generalmente desde su lugar de residencia, comienza a averiguar precios sobre dichas actividades, a los fines de contratarlos de manera previa al viaje. En cada uno de estos supuestos puede suceder que el proveedor estipule una serie de condiciones diferenciadas o directamente bloquear el acceso a la interfaz al detectar que quien solicita sus servicios se encuentra fuera del Estado. Es por ello que esta práctica afecta al consumidor turista electrónico, principalmente si se tiene en cuenta que, a raíz de la tecnología, en el cincuenta por ciento (50 %) de los casos, estos consumidores contratan los servicios turísticos en el país de destino y no en el de origen.²²²

En este sentido, el *geo-blocking* afecta principalmente los servicios, siendo el sector turístico uno de los más perjudicados. Esto se debe al cambio de modalidad en la contratación de los servicios turísticos, dado que antiguamente el consumidor contrataba a empresas intermediarias, siendo ellas las que se contactaban con el proveedor del servicio, mientras que ahora, el consumidor turista contrata de manera electrónica directamente con el proveedor del servicio hotelero, por ejemplo.²²³

Es así que en la Regulación se vislumbró la posibilidad de que esta discriminación se diese en el marco del transporte, en particular con respecto a la venta de pasaje de transportes.

²²¹ Ver considerando (6).

²²² Cerdeira, Juan José, ob. cit.

²²³ Marzorati, Osvaldo J., "Las nuevas tecnologías y el impacto de la venta online en los sistemas tradicionales de distribución comercial", *RDCO* 280, 501.

Ante lo expuesto, en el artículo 3º se prohíbe el bloqueo injustificado a las interfaces en línea del proveedor. Asimismo, tampoco podrán redireccionar a otra interfaz distinta a la que el consumidor haya intentado conectarse.

Entre los servicios comprendidos dentro de la mentada prohibición, pueden incluirse aquellos relacionados con el turismo en las previsiones del artículo 4º, inciso 1 c), referidos a la contratación electrónica transfronteriza para la prestación de un servicio en un lugar físico donde el proveedor ejerza su actividad.

En resumen, lo que se busca con esta normativa es evitar la discriminación injustificada basada exclusivamente en la nacionalidad o lugar de residencia del consumidor. Esta medida coadyuva al incremento de la confianza del consumidor en la contratación electrónica y potencia los beneficios que implica el comercio electrónico, expandiendo así las posibilidades del consumidor de experimentar nuevas vivencias trascendiendo las fronteras.

En virtud de ello, aquellos proveedores que lleven adelante esta clase de prácticas discriminatorias serán responsables por los daños que causen por las eventuales denegaciones discriminatorias de contratación.

Trascendiendo la norma citada, esta clase de prácticas desvirtúan el principio de igualdad, colisionando, a su vez, con las previsiones vistas en el capítulo anterior, en las cuales se promueve la prohibición de diferencias entre consumidores locales y extranjeros.

C. Resolución de conflictos e indemnización

Conforme fuese mencionado en el punto II, tanto las Directrices de las Naciones Unidas como las Recomendaciones de la OECD identificaron que uno de los principales problemas de los consumidores electrónicos es la falta de mecanismos eficaces de solución de controversias, cuestión que se agrava cuando se suma la condición de turista.

Al respecto, cabe recordar que en la Directriz N° 37 de las mentadas Directrices se alienta a los Estados Miembros para que adopten mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para la solución de conflictos de los consumidores. En lo que respecta al campo del presente trabajo, en dicha directriz se prevé específicamente que se completen especialmente las necesidades de los consumidores hipervulnerables en el establecimiento de los mentados mecanismos.

Habida cuenta de ello, las previsiones mencionadas en el párrafo anterior son de plena aplicación al supuesto de los consumidores turistas electrónicos. Por consiguiente, es necesario que los Estados arbitren los medios para dar vías adecuadas para que este grupo de consumidores pueda canalizar los reclamos que pueda tener, atendiendo la situación de desventaja que los atraviesan.

La *International Law Association*, a través del Comité de Protección Internacional del Consumidor, al estudiar la problemática por la cual atravesaban los consumidores turistas, concluyó en que ellos tenían graves problemas de acceso a la justicia.²²⁴

En este contexto, esta problemática está siendo trabajada desde distintos foros de Derecho Internacional. Una de las propuestas enfocadas al consumidor turista es la que promulga la *Hague Conference on Private Law con el Draft Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourist*. Allí se busca establecer criterios unificados para que los turistas puedan interponer sus reclamos ante los eventuales incumplimientos del proveedor o los daños que pudiere sufrir.

En la exposición de motivos, se desarrollan diversas precisiones acerca de la vulnerabilidad especial del consumidor turista y la necesidad de contar con mecanismos eficaces de acceso a la justicia para estos menesteres. Para ello, se propone tornar viable la interposición de reclamos en el lugar de visita, de manera rápida y en lo posible en el lenguaje del consumidor turista, así como también el acceso a la información sobre los canales y procedimientos para formular reclamos (ver art. 1º). En su artículo 4º, se propone establecer un modelo de formulario para efectuar los reclamos, mientras que en los artículos 7º y 8º se establece la no discriminación para el acceso a los mecanismos de

²²⁴ ILA, *International Protection of Consumers*, Sydney Conference (2018), *Interim Report*, Capítulo III.2.1. Allí se detallaron los siguientes problemas: “An information gap [...] Inability to use mediation/conciliation beyond the stay period in the visited country [...] Inability to initiate court proceedings beyond the stay in the visited country [...] An impossibility to continue court proceeding beyond the stay in the visited country [...] The unavailability of a small claims procedure tailored for cross-border cases [...] The absence of governmentally funded authorities in charge of helping tourist to access justice [...] The absence of appropriate liaison mechanism between authorities of the visited country and the country of the tourist [...]”.

solución de conflictos (judiciales o alternativos) en igualdad de condiciones que los habitantes del Estados que se visita.

Este ambicioso proyecto serviría para unificar criterios a nivel global sobre jurisdicción aplicable para los consumidores turistas electrónicos –conforme se fue exponiendo, la mayoría de los contratos que celebran son transnacionales– y para fomentar la cooperación internacional entre los países de conformidad con lo establecido en la Directriz N° 78 de las Directrices.

En este punto, la cooperación internacional aparece como una vía casi ineludible para lograr una adecuada protección para los consumidores turistas electrónicos. Al ser problemas transnacionales, sería saludable que los Estados facilitasen mecanismos para que se puedan efectuar las reclamaciones desde el domicilio del consumidor, independientemente de donde se haya prestado el servicio o efectuado la transacción. Es por ello que, para un adecuado acceso a la justicia, resultaría de suma importancia contar con una convención que unifique las reglas de jurisdicción y sean comunes a todos los consumidores turistas sin importar su lugar de origen.

En resumen, lo ideal sería establecer una regla (preferentemente en el ámbito del Derecho Internacional) en la cual se determine como principio el domicilio del consumidor para fijar la jurisdicción aplicable –presumiendo que esto sería lo más favorable para él– sin perjuicio de los demás puntos de conexión (como lugar de celebración o cumplimiento de la prestación) disponibles a su favor en caso de que le convenga para obtener una mayor protección. En paralelo, las autoridades del lugar de residencia del consumidor deberían poder recibir y, a través de la mencionada cooperación internacional, gestionar el reclamo con su par correspondiente al domicilio (por ejemplo) del proveedor. De este modo, se podría obtener un sistema de reclamación y compensación lo más rápido, expedito, eficaz y menos engorroso posible. Esto, a su vez, contribuiría a sortear las barreras que se presentan en estos casos, tales como idioma, desconocimiento de la ley extranjera, escasez de tiempo para reclamar, entre otros.

D. Información y publicidad

El deber de los proveedores referido a la información, establecido en el artículo 4° de la LDC y el artículo 1101 del CCyCN, comprende dos ámbitos claramente distinguibles. Por un lado, el deber positivo de

brindar información completa, detallada y veraz a los consumidores sobre los elementos y características de los productos y servicios que comercializan, junto con las condiciones de comercialización; por el otro, la faz negativa de dicho deber, que importa una obligación de abstenerse de brindar información que pueda ser considerada engañosa o abusiva.

En este sentido, cobra relevancia para su análisis la práctica más que habitual de las aerolíneas, las agencias de viajes y los sitios de reserva de hoteles y alojamiento de abrumar a los consumidores con cartelería *online* indicando información con el claro objetivo de persuadir al visitante de consumir, como por ejemplo la cantidad de reservas que ha habido en los últimos minutos sobre el tipo de habitación que se está visitando, la cantidad de gente buscando el mismo vuelo/hotel de forma simultánea, o la cantidad de habitaciones o butacas disponibles en el momento de analizar si comprar o no.

Este tipo de comportamientos debe evaluarse a la luz del consumidor expuesto, comprendiendo a aquellos consumidores que, sin serlo directamente, se encuentran expuestos a una relación de consumo, por la cual se encuentran igualmente protegidos íntegramente. En este sentido, en el artículo 1096, CCyCN, se establece que bastará la exposición a estas prácticas consideradas abusivas o potencialmente abusivas, aunque sean dirigidas a persona indeterminada, para tener la posibilidad de actuar al respecto.

Este tipo de práctica corre el riesgo de ser fácilmente confundida con una práctica comercial, definida por Lorenzetti como aquellos procedimientos, mecanismos éticos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes o servicios al consumidor final²²⁵, con el objeto de brindar al consumidor información útil para tomar la decisión de compra. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este tipo de información también puede válidamente considerarse abusiva y potencialmente engañosa, ya que tiene como efecto persuadir al potencial comprador para concretar la adquisición de ese bien o servicio en ese mismo momento, generando una sensación de apresuro sin dejarlo sopesar pausadamente

²²⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 246.

las consecuencias de la compra. De ahí la importancia del derecho de revocación analizado *ut supra*.

El potencial carácter abusivo de este tipo de información brindada por los proveedores se fundamenta en la imposibilidad absoluta de los consumidores para verificarla, acentuando el desequilibrio entre proveedor y consumidor. En este sentido, la información suministrada en estas situaciones encuadra como publicidad, definida como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios.²²⁶ De esta forma, cobra relevancia en el aspecto en análisis la normativa de fondo, que en su artículo 1101 establece las prohibiciones a diversos tipos de publicidad, a saber: “1) aquella que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio [...]. Este tipo de publicidad engañosa incluye, pero no se limita a las características de los bienes, actividades o servicios, el precio o su modo de fijación, condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o la prestación de servicios, motivos de la oferta, naturaleza, cualificaciones o derechos del anunciante y servicio de posventa”.

Sobre el particular, interesa formular una sucinta consideración de los denominados nudges y su utilización en el área de *marketing* y la publicidad. Este tipo de prácticas viene siendo analizada por la economía del comportamiento desde antaño, y es definida como cualquier aspecto de la arquitectura de la elección que ejerce influencia en el comportamiento de la gente de manera predecible. Lo que las caracteriza es que las opciones del consumidor no están bloqueadas, razón por la cual se considera legítimo y dentro de la libertad de contratación del consumidor.²²⁷ Entre los ejemplos –que abundan– de esta práctica, podemos mencionar: la particular distribución de las marcas y productos en los estantes de los supermercados, o la técnica de tener dulces a la

²²⁶ Directiva de Consejo de Europa del 10/9/84 (84/450/CEE).

²²⁷ Vega Talledo, Andrea, “Nudging en la Publicidad: La importancia de no inducir a error al consumidor”, <https://www.enfoquederecho.com/2019/02/01/nudging-en-publicidad-la-importancia-de-no-inducir-a-error-al-consumidor/>. [Consultado el 01/08/2019].

vista en línea de caja. En lo que respecta a las compras *online*, podemos mencionar el hecho de que el botón “aceptar” siempre se encuentra resaltado al informarnos la empresa sobre los términos y condiciones, y lo mismo con el botón “finalizar compra”, o las suscripciones que se renuevan automáticamente.

Es menester establecer una diferencia patente entre, por un lado, la distribución de los productos en una góndola de supermercado, o, por caso, el “empujoncito” para aceptar sin leer el interminable clausulado de la totalidad de los términos y condiciones para la adquisición de bienes o servicios, y por el otro, la información que los proveedores otorgan a consumidores expuestos en páginas web. En el primer caso, los consumidores tienen la posibilidad de percibir visualmente la oferta que el proveedor pone a su disposición, mientras que, en el segundo, los consumidores, como ya fue mencionado, carecen totalmente de la posibilidad de corroborar la información que les es suministrada, por caso, la cantidad de habitaciones que fueron reservadas en la última hora según la información difundida por conocidas páginas web de reserva de alojamientos.

Uno de los elementos que pueden jugar en contra de los consumidores en este sentido es el uso de *cookies* por parte de los sitios web en general, y de los sitios de reserva de pasajes y hoteles en particular. Estas *cookies* son pequeños fragmentos de información relacionada con los sitios web que se visitan, que conforman las huellas digitales y se almacenan, por ejemplo, con fines publicitarios, razón por la cual cuando se realiza una determinada búsqueda en internet, *a posteriori* se recibe publicidad específicamente referida a esas mismas búsquedas, ya sea a través de páginas web o mismo dentro de aplicaciones específicas como Facebook o Instagram.

Otro de los fines que tienen estas *cookies* fue explicado por la cadena de noticias británica BBC, que realizó una investigación²²⁸ para determinar si ellas eran las culpables de los aumentos de precios que los pasajeros experimentaban al ingresar más de una vez en el mismo sitio de reserva. Este experimento se llevó a cabo con dos dispositivos distintos,

²²⁸ BBC Mundo, “Cómo las cookies de tu computadora o teléfono pueden hacer que tus vacaciones te salgan más caras”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44886758> [Consultado el 01/08/2019].

y a una de ellas se le borran las *cookies* luego de cada búsqueda para evitar el rastreo, y la otra se utilizaba sin borrar ningún registro de navegación. En ambas se llevaron a cabo siete búsquedas por cuatro pasajes de Londres a Nueva York en el término de 5 horas, con el objetivo de monitorear variaciones de precios, y el resultado fue una diferencia de precios de entre 1,5 y 30 USD por pasaje en 4 a 5 de 7 búsquedas (resultados comparados en diferentes sitios de reserva de pasajes).

El desequilibrio propio de las relaciones de consumo se encuentra exacerbado desde por lo menos dos ángulos. En primer lugar, debido a que la información que brindan los proveedores no es pasible de comprobación por parte de los consumidores, consecuencia directa de ser brindada esta –o no– a través de medios digitales; en segundo lugar, dado que no solo la información brindada puede ser en parte maqui-llada por los proveedores, sino que la información que obtienen de los consumidores es pasible luego de ser explotada, como fue demostrado por la investigación británica citada.

V. Conclusión

El mundo del siglo XXI plantea importantes desafíos para los consumidores. La revolución tecnológica ha impactado en todos los aspectos de la vida cotidiana, inclusive en las formas de consumir. El crecimiento del comercio electrónico brinda nuevas oportunidades ofreciendo una mayor cantidad de bienes y servicios disponibles sin importar el lugar donde se resida.

Este crecimiento también ha fomentado el incremento de la actividad turística. La posibilidad de publicitar vía web nuevos lugares, el acceso a información sobre las diversas locaciones y la posibilidad de compartir a través de blogs especializados las diversas experiencias vividas, potencian las oportunidades de viajar a través del mundo.

En este contexto, más allá de las opciones que la expansión del comercio electrónico trae, también implica una serie de desafíos para el consumidor, a los que se les suman los propios de la actividad turística. La aparición de las economías colaborativas y prácticas como el *geo-blocking* son una muestra de las consecuencias que está produciendo la revolución tecnológica. Frente a estos desafíos, el consumidor turista electrónico se encuentra muchas veces desamparado, sin saber qué hacer o a dónde recurrir. Es ahí donde los Estados deben aparecer para generar mecanismos idóneos para que ellos puedan canalizar

sus reclamos o evacuar sus inquietudes. La ajenidad del lugar que se visita, la diferencia de cultura, la diferencia en el lenguaje, los tipos de cambios, son todas situaciones que agravan la vulnerabilidad del consumidor turista, la cual, a su vez, se profundiza si dichas circunstancias se trasladan al comercio electrónico.

Conforme se ha expuesto, existen diversas normas (principalmente del *soft law*) que abordan las cuestiones relativas a estos temas, exponiendo las preocupaciones que esto hoy genera en los distintos Estados del mundo. La comunidad internacional está comenzando a atender las particularidades del consumidor transfronterizo, intentando alentar a los Estados a adoptar medidas tendientes a brindarles una protección adecuada. Foros internacionales, tales como el IGE de la UNCTAD, la *International Law Association*, brindan importantes guías para la elaboración de políticas protectorias.

En esta línea de pensamiento, la cooperación internacional es trascendente para la protección del consumidor turista electrónico. Las circunstancias particulares de estos sujetos requieren la adopción de medidas tendientes a permitir que puedan formular sus reclamos sin barrera alguna, atendiendo a la situación especial en la cual se encuentra envuelto el turista. Es por ello que la creación del mentado IGE en el marco de la ONU para revisar la aplicación de las Directrices o la propuesta para celebrar una Convención de acceso a la justicia para turistas, son iniciativas valorables que merecen ser apoyadas y de las cuales los Estados deberían servirse para crear políticas públicas de protección al consumidor turista electrónico. Al fin y al cabo, en este mundo globalizado, solo la cooperación entre los distintos Estados podrá lograr una efectiva red protectoria para los consumidores del mundo.

Por último, no se puede soslayar las diversas normas protectorias que hay en el ordenamiento jurídico argentino. La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación aportó soluciones interesantes –aunque insuficientes– para resolver cuestiones de relaciones de consumo transfronterizas.

El Anteproyecto es otra noticia que entusiasma, ya que a través de su articulado se proporcionarán valiosas herramientas para aumentar y fortalecer la protección de los consumidores turistas electrónicos.

La cuestión está lejos de resolverse quedando mucho camino por delante. Resulta imperioso la cooperación internacional y el dictado de un Convenio o Tratado para unificar los diversos criterios que hay en la materia sobre puntos centrales que afectan a los consumidores turistas electrónicos.

EL PACIENTE COMO CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN ENTORNOS DIGITALES. UNA APROXIMACIÓN A LA TELEMEDICINA DESDE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Ricardo Adrián Parra y Martín Alberto Testa

I. Introducción

En el presente trabajo hemos intentado reflexionar sobre el paciente y consumidor de los servicios de salud en los entornos digitales, desde una perspectiva bioética, con una mirada transdisciplinaria y en clave con los Derechos Humanos, tratando de visibilizar las complejidades de este fenómeno digital y global de suma actualidad. En estos tiempos de posmodernidad, integramos la sociedad de la información²²⁹, y, a la vez, somos parte de la denominada sociedad de consumo. En efecto, en los últimos años ha irrumpido un nuevo modo de comunicación que ha transformado la realidad social. Pensemos entonces, por un instante que, hasta hace poco tiempo atrás, hablar de historia clínica informática o electrónica y

²²⁹ Scotti, Luciana, “La protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos”, en Feldstein de Cárdenas, S. (Dir.), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008, p. 111.

de solicitud de turnos a través de una página web era una suerte de viaje hacia el futuro, aunque hoy en día es parte de nuestra realidad, ya que los profesionales de la salud se encuentran a diario con situaciones de suma complejidad. Por citar como ejemplo: recibir imágenes de diagnóstico en su teléfono celular a través de apps como WhatsApp o llamados telefónicos estando fuera de su consultorio de atención, es una realidad de nuestro tiempo que se ve tanto en la atención médica pediátrica como en toda la atención médica clínica en general. A esto se suman los avances de la tecnología que de la mano de la inteligencia artificial cambian a diario la relación médico-paciente, la salud y la calidad de vida de miles de personas que, con solo tener un teléfono celular al alcance de la mano pueden disponer de una gran cantidad de páginas virtuales *online* (en línea) relativas al cuidado y atención de la salud. No quedan dudas de que la tecnología avanza y se coloca al servicio de la persona; cabe destacar también que las ambulancias comandadas a distancia o “drones ambulancia” pueden salvar la vida de muchas personas ante una emergencia. En este sentido celebramos que en el marco del Plan Nacional de Telesalud 2018-2024 (Resolución N° 21/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación) se oficializó la conformación del Grupo Asesor de Telesalud que tiene el objetivo de evaluar, revisar y poner en discusión los temas centrales en la agenda sobre la Telesalud a nivel Nacional, Regional e Internacional.

El concepto de telemedicina, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, desde el año 1998, se conoce como la distribución de servicios de salud en la que la distancia es un factor crítico, por lo cual los profesionales de salud usan información y tecnología de comunicaciones, para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento, prevención de enfermedades o daños, investigación y evaluación, y para la educación continuada de los proveedores de salud pública, todo ello en interés del desarrollo de la salud del individuo y su comunidad.²³⁰ El término telemedicina encierra cualquier acto médico realizado sin contacto físico directo entre el profesional y

²³⁰ Aizenberg, Marisa, “Telemedicina: una oportunidad para mejorar el acceso al sistema de salud”, 21/02/2019, en: <http://www.marisaizenberg.com/2019/02/telemedicina-una-oportunidad-para.html> [Consultado el 03/04/2020].

el paciente, o entre profesionales entre sí, por medio de algún sistema electrónico.²³¹ La telemedicina ocupa en la actualidad, y más aún en un futuro no muy lejano, un espacio al que la ciencia médica no podía llegar en razón de situaciones geográficas, tales como comunidades o pueblos alejados de las urbes, por razones culturales y religiosas, entre otras causas. No es novedad alguna que los consumidores se enfrentan a diario a las asimetrías propias de la relación de consumo a las cuales se les suman las desigualdades de la relación médico-paciente²³², e incluso las desigualdades propias de la tecnología y de la inteligencia artificial, ya que el paradigma de igualdad real y no discriminación consagrado en la Constitución Nacional, en el Código Civil y Comercial de la Nación y en diversos instrumentos internacionales, en ciertas ocasiones se ve afectado por las múltiples tensiones, límites, abusos y desequilibrios de la práctica médica y de consumo diaria. No debemos olvidarnos que estamos planteando el avance tecnológico en la atención de pacientes en general, pero con particular énfasis, enfocado al colectivo de adultos mayores, quienes por lo general son los consumidores a gran escala de los servicios de salud y los que, si bien para nosotros merecen el mayor cuidado, por encontrarse en un estado de vulnerabilidad, el binomio edad - enfermedad los transforma en pacientes hipervulnerables. Y es ese grado de hipervulnerabilidad en el que hacemos hincapié para subsumirlos en la consagración de las normas protectorias del consumidor, como un específico caso de consumo de los servicios de salud.

Es por ello que podríamos preguntarnos acerca de la claridad y validez de una decisión tomada por un paciente a distancia y con las características planteadas, a través de una pantalla de un televisor, un teléfono móvil, una computadora, una tableta electrónica o cualquier otro dispositivo referente de la e-salud, entre otros interrogantes que

²³¹ Nader, Karim, “¿Qué es la Telemedicina?”, 03/2011, en: <http://www.elhospital.com/temas/Que-es-la-telemedicina+8082249> [Consultado el 03/04/2020].

²³² Parra, Ricardo A., “Los Contratos de Consumo y la inclusión de la responsabilidad de los Profesionales de la Salud en la Normativa Protectoria del Consumidor”, pp. 164-191, y Testa, M. A., “La educación e información para el consumo en Argentina. Una mirada digna, equitativa y saludable sobre el paciente, en su rol de consumidor”, pp. 192-219, en *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, 1ª edición, Buenos Aires, 2016, Barocelli, S. S. (Dir.).

nos plantea el desafío de la telemedicina en la aplicación directa en pacientes adultos mayores.

II. Hacia un Derecho del Consumidor Digital

El concepto clásico de “responsabilidad” se encuentra en una profunda transformación ya que no es ajeno a los cambios sociales, digitales y culturales que se están dando en los últimos años. Hoy en día, se habla de la responsabilidad global ante las complejas realidades. Por ello, para entender estos cambios tenemos que tener en cuenta el contexto del mundo en el que vivimos.

Nos abocaremos a un fenómeno complejo que se inserta en una problemática actual del Derecho, con especial énfasis en su faz preventiva.

En similitud, destacamos los positivos aportes jurisprudenciales en la temática del Derecho del Consumidor que, con notable claridad, toman en cuenta la vulnerabilidad estructural de los consumidores e incluso la reiterada victimización que padecen, aplicando la normativa constitucional y convencional vigente.²³³

Como bien expresa Urrutia, “cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo ‘Mosca’, la figura del consumidor expuesto no se encontraba prevista en la Ley N° 24.240; sin embargo, el Máximo Tribunal actuó en su carácter de intérprete constitucional del concepto de ‘relación de consumo’. Así pues, entendemos que la reforma del Código Civil y Comercial no limita la posibilidad de que la Corte mantenga la interpretación fijada en el caso ‘Mosca’, por ser la intérprete de la última ratio del Derecho argentino y por tratarse de un concepto constitucional; como, asimismo, la doctrina del caso ‘Mosca’ es valiosa y no existen razones para establecer las diferencias de trato entre quien

²³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “Miraglia, Mariano Sebastián y otro c/ Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Daños y Perjuicios - Ordinario”, Sentencia: 19/10/2017, y Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 91, “Sarasúa, María Concepción c/ Quevedo, Luciano Héctor y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux. - Ordinario”, Sentencia: 10/2017.

efectivamente consumió y quien se encuentra expuesto a una relación de consumo”.²³⁴

Pensemos que un claro caso de un consumidor expuesto estaría dado, por citar un ejemplo, en el amigo de un paciente, quien le cuenta acerca de su dolencia y detalla un conjunto de signos y síntomas que este padece, el paciente se lo transmite a su médico de confianza tal y como si se tratara de un caso hipotético y el profesional concluye en un probable diagnóstico presuntivo, le regala al paciente muestras médicas e indica la toma de estas para que se las entregue a su amigo y determina, conforme a su criterio profesional, que este tercero –en el caso, nuestro consumidor expuesto del servicio de salud– se sentirá mejor en un corto tiempo. El resultado de este tercero en nuestro ejemplo es negativo y resistente respecto al tratamiento indicado por el médico, quien malogra su estado de salud. Las situaciones que ocurren en la realidad actual –no tan alejadas de nuestro ejemplo– generalmente se dan por actos de buena fe, en los que el profesional es un familiar o amigo del paciente, cree en su relato y por la clara beneficencia o altruismo que lo caracteriza tratará de opinar y ayudar al respecto, aunque se aleje de premisas básicas y generales dispuestas en la *lex - artis*. Es por ello que, si con este hipotético y claro ejemplo podemos colegir una franca violación a las normas de ejercicio profesional y consumeriles, imaginemos por un instante la exposición que puede llegar a darse a través de distintos medios electrónicos.

Si bien la Ley N° 26.361 dictada en el año 2008 introdujo importantes modificaciones en el régimen protectorio de los consumidores, en lo que interesa al presente acápite, la referida ley sustituyó el artículo 1° de la Ley N° 24.240, ampliando considerablemente el ámbito de aplicación del estatuto consumeril.

Como consecuencia de la reforma a la que aludimos, la LDC pasó a brindar protección al denominado “consumidor expuesto” o “by stander”. El segundo párrafo del artículo 1° de la LDC –luego de la modificación introducida por la Ley N° 26.361– establece: “[...] se considera consumidor o usuario [...] a quien de cualquier manera está expuesto a

²³⁴ Urrutia, Liliana A. B., “Las mujeres como sujeto y objeto de consumo”, en Arias, M. P. y Urrutia, L. A. B. (Coords.), *Protección Jurídica de los subconsumidores. Consumidores especialmente vulnerables*, Rosario, Juris, 2017.

una relación de consumo”. Se trata precisamente de quien sufre consecuencias a partir de la relación de consumo ajena.²³⁵

Como explica Peral (Peral: 2015), el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la Ley N° 26.994, en vigencia desde agosto de 2015, introduce algunas innovaciones en materia de defensa del consumidor. Regula específicamente los “contratos de consumo” dentro del Título III, del Libro Tercero de “Derechos Personales”, resultando criticable la técnica legislativa escogida por el hecho de que se introdujo el análisis de la relación de consumo, con el título de “Contratos de consumo”, cuando la primera excede el marco meramente contractual, pudiendo presentarse relaciones de consumo que no derivan de un contrato, como aquellas entabladas entre un proveedor y un “consumidor no contratante” o “consumidor equiparado”, o como creemos, y citamos con nuestro ejemplo, el amigo del paciente que interpela a su médico para que lo ayude a resolverle el problema de salud. El artículo 1092 del CCC²³⁶ define a la relación de consumo precisando también lo que debe entenderse por consumidor, delimitando de esta manera el ámbito de aplicación del régimen tuitivo de los consumidores o usuarios. Como se puede observar a simple vista, el CCC, al excluir como sujeto destinatario de protección al “consumidor expuesto” o “by stander”, acota el ámbito subjetivo de aplicación del régimen tuitivo. A su entender, el acotamiento al que alude resulta absolutamente negativo, ya que la desaparición de la figura del “by stander” constituye un verdadero retroceso en la protección de los derechos del consumidor que brinda nuestro ordenamiento jurídico. Con esta modificación en el ámbito de aplicación, introducida por el nuevo Código en su artículo 1092, se desmorona, en su opinión, uno de los mayores logros alcanzados por la reforma introducida a la LDC por la Ley N° 26.361.

No obstante su destacada opinión, creemos que en la segunda parte del artículo 1092 del CCC, según reza, “[...] queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en

²³⁵ Peral, Santiago J., “La exclusión de la figura del ‘consumidor expuesto’ en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, N° 13, 08/2015.

²³⁶ *Código Civil y Comercial de La Nación*, Buenos Aires, Ediciones el País, 2014.

forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, se encuentra vigente la figura asociando en el rol de consumidor a quien no esté expuesto a dicha relación, situación que encaja de particular manera en el ejemplo citado del médico que diagnosticó y recetó a un tercero a través de su paciente.

Efectivamente, la doctrina sentada en “Mosca” por el máximo tribunal de nuestro país es un claro y positivo avance de regulación en la materia, de cara a los entornos digitales en los que interactúa y se encuentra inmerso el paciente en miras a los desafíos que presentan las innovaciones de la tecnología en el siglo XXI.

La Argentina, con escasa, por no alegar nula regulación al respecto de la e-health, e-salud o telemedicina, está tendiendo puentes hacia el futuro. Futuro cercano en función de las regulaciones y el manejo del resto del mundo.

Es así que, uno de los proyectos más conocidos en América Latina es RUTE (Red Universitaria de Telemedicina), en Brasil, que comenzó en el año 2006 y que en la actualidad obtiene alrededor de 108 núcleos operativos²³⁷ que llegan, por ejemplo, a las comunidades del Matto Grosso, donde los pacientes no tienen la posibilidad de salir de su lugar de residencia y se ven beneficiados con estos programas de salud a distancia. Desde el año 2004, con la creación del Observatorio de Telesalud de México, se abastecen de servicios de telemedicina a distintas poblaciones del país.²³⁸

Europa y los países desarrollados del mundo en general cuentan con programas de medicina a distancia desde hace décadas. No es, ni ha sido sencillo establecer los sistemas de atención, ya que debieron modificar la práctica tradicional y el contacto humano, tarea no menor, no solo para los profesionales del equipo de salud, sino para los pacientes. En la Argentina, desde el año 1997, el Hospital de Pediatría “Juan Garrahan” desarrolló el primer Programa de Telemedicina del país,

²³⁷ Chueke, Daniela, “Panorama de la Telemedicina en América Latina”, 16/04/2015, en: <http://teleiberoamerica.com/publicaciones/TelemedicinaAmericaLatinaEyeforPharma04-16-2015.pdf>. [Consultado el 03/04/2020].

²³⁸ Observatorio Telesalud, página de inicio, en: <https://cenetec-difusion.com/observatorio-telesalud/>. [Consultado el 03/04/2020].

llamado: Referencia-Contrarreferencia, que promovió polos de atención de salud a nivel Provincial y Regional, y recibió más de 50.000 consultas a la fecha.²³⁹ A su tiempo, lo puso en práctica el Hospital Italiano de Buenos Aires y en la provincia de Mendoza, en una nota periodística al diario *Los Andes*, el médico neurólogo Andrés Barboza explicó que se están implementando estas tecnologías para la atención de personas con accidentes cerebro-vasculares, teniendo la posibilidad los especialistas de ver los casos que lleguen a la guardia de su hospital, desde el lugar en donde estén, sin permanecer las 24 horas en su puesto de guardia.²⁴⁰

España, específicamente a través de la OMC (Organización Médica Colegial)²⁴¹, estableció en una gacetilla médica en el año 2016 el tema de salud en línea (e-health), cuya política principal está centrada en designar las herramientas y servicios que, gracias a las tecnologías de información y la comunicación (TIC), permiten mejorar las labores de prevención, diagnóstico, tratamiento, control y gestión. Puede beneficiar a toda la sociedad al mejorar el acceso y la calidad de los cuidados y contribuir a una mayor eficacia del sector sanitario. Incluye el intercambio de información y datos entre los pacientes y los proveedores de servicios de salud, hospitales, profesionales y redes de información sanitaria, historiales médicos electrónicos, servicios de telemedicina, dispositivos portátiles de vigilancia de pacientes, *software* de programación de sala de operaciones, cirugía robotizada e investigación básica sobre el humano fisiológico virtual. Los objetivos de la Unión Europea se basan en mejorar la salud de los ciudadanos, haciendo accesible la información capaz de salvar vidas –en su caso, entre varios países–, gracias a herramientas de salud en línea. Mejorar la calidad y el

²³⁹ Chueke, Daniela, “Panorama de la Telemedicina en América Latina”, 16/04/2015, en: <http://teleiberoamerica.com/publicaciones/TelemedicinaAmericaLatinaEyeforPharma04-16-2015.pdf>. [Consultado el 03/04/2020].

²⁴⁰ Redacción LA, “Telemedicina en Mendoza: experiencias y riesgos de una práctica que crece”, 12/02/2019, en: <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=salud-medicina-a-distancia> [Consultado el 03/04/2020].

²⁴¹ La Salud en Línea (e-Health). (2016). Organización Médica Española (OMC). Boletín Europa al día, N°: 448, 2016, en <https://www.cgcom.es.>.....<Europa al Día-2016> [Consultado el 03/04/2020].

acceso a la sanidad haciendo de la salud en línea parte integrante de la política sanitaria y coordinando las estrategias políticas, financieras y técnicas de los países miembros de la Unión Europea. Aumentar la eficacia, facilidad de manejo y aceptación de las herramientas de salud en línea, haciendo participar a profesionales y pacientes, es la estrategia, respecto de la concepción y aplicación del proyecto europeo. La estrategia para el mercado único digital de Europa que adopta la comunidad europea tiene como fin lograr que las libertades del mercado único de la UE pasen a ser digitales e impulsar el crecimiento y el empleo en la UE. Esta estrategia incluye la telemedicina y la salud en línea, lo que constituye un paso importante en el fomento de la interoperabilidad y las normas de las tecnologías digitales en la UE, en beneficio de los pacientes, los profesionales sanitarios, la sanidad y la industria.

Respecto a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, a través de su artículo 14, la Directiva Nº 2011/24/UE establece una red de carácter voluntario que conecta a las autoridades nacionales encargadas de la sanidad electrónica. La red de salud en línea esbozará unas directrices en este ámbito. Su objetivo es mejorar la interoperabilidad entre los sistemas de sanidad electrónica y la continuidad asistencial, de modo de garantizar el acceso a una asistencia sanitaria segura y de calidad. Algunos ejemplos de los beneficios experimentados en el mundo con la telemedicina son: 1) Videoconferencia con su profesional de la salud: esto le permite al paciente hablar con su médico en internet a través de un enlace de vídeo, reduciendo la necesidad de visitar la consulta del médico o el hospital; 2) Registro de sus síntomas en un dispositivo electrónico en su casa. Los síntomas y las mediciones (como los flujos máximos y lecturas de espirometría que ponen a prueba la función pulmonar) se pueden grabar electrónicamente usando un ordenador de pantalla táctil o un dispositivo similar a un teléfono móvil. Esto les permitirá al paciente y a sus familiares recopilar información importante sobre cómo le afecta su enfermedad mientras realiza las tareas cotidianas, ya sea en su casa o fuera de ella. Las mediciones se pueden enviar a su proveedor de atención médica, que puede supervisar si necesita tratamiento adicional. Esto también le permite hacer preguntas al médico acerca de las mediciones que ha registrado; 3) Apoyo a la educación y a la autogestión del tratamiento: la tecnología se puede utilizar para ayudarle a saber más acerca de la afección, de modo que pueda compartir ese conocimiento y experiencia con otras personas en situaciones similares. Este

concepto se conoce como formación entre iguales. Reconoce el valor de la experiencia de vivir una enfermedad y proporciona la oportunidad de aprender acerca de una dolencia a partir de relatos de primera mano. La tecnología también puede ayudar a apoyar el éxito de un tratamiento autogestionado, utilizando sistemas que puedan interpretar sus registros y ayudar al reconocimiento temprano y al tratamiento de cualquier problema que pudiera ocurrir.

En la Nación, el diputado nacional Pablo Yedlin presentó, con fecha 21/08/2019, el Proyecto de Ley de “Prescripción y venta de medicamentos utilizando recetas electrónicas” –Expediente: 3979-D-2019²⁴²–, con estado parlamentario, que modifican las Leyes Nros. 17.132 (Ejercicio Legal de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración), 17.565 (Ejercicio de la Actividad Farmacéutica), 17.818 (Normas para su comercialización. Ley de Estupefacientes) y 19.303 (Drogas, normas para su comercialización, circulación y uso); dispone que el objeto de la presente ley establezca la prescripción y dispensación de medicamentos a través de recetas electrónicas, cuya autoridad de aplicación será el PEN coordinando su accionar con las autoridades jurisdiccionales. En sus fundamentos establece que los registros digitales o electrónicos podrán facilitar la gestión y simplificar los procedimientos para un ordenamiento y control, no solo en la distribución de medicamentos, sino también en la facturación de estos. Este proyecto moderniza varias leyes de la década del sesenta y toma como base la utilización de la receta digital que utiliza la Obra Social del PAMI, para sus afiliados.

Respondiendo al avance tecnológico en el marco internacional, el CUS (Cobertura Universal de Salud) de la OMS, del año 2010, tuvo su respuesta de la mano del Ministerio de Salud de la Nación en la creación de la Red Nacional Salud Digital²⁴³, cuyo pilar principal es desarrollar la cobertura universal de salud en tanto posibilita la comunicación entre los sistemas de información de salud; historia clínica electrónica o

²⁴² Proyecto de Ley, Sumario: “Prescripción y venta de medicamentos utilizando recetas electrónicas. Modificaciones de las Leyes Nros. 17.132, 17.565, 17.818 y 19.303”, Expediente N° 3979-D-2019, en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3979-D-2019> [Consultado el 03/04/2020].

²⁴³ Inédito, Pedernera, F., *Simposio de Salud Innova 2019*, 03 y 04/04/2019, Escuela de Salud Pública, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires.

digital (en proyecto) compartida y no única. En esta estrategia Nacional de Salud Digital, Resoluciones de la entonces Secretaría de Salud de la Nación: N° 189/2018, N° 680/2018, N° 21/2019 y N° 115/2019, dan cuenta de la importancia que se le está dando a la salud electrónica que involucra por su utilización natural producto de la edad y la aparición de enfermedades a nuestros ancianos, viejos o adultos mayores hipervulnerables.

III. Hacia una igualdad real ante la ley a través del diálogo de fuentes

Como reconoce Lima Márquez, “en la bellísima expresión de Erik Jayme, es el actual y necesario ‘diálogo de las fuentes’ (*dialogue des sources*) el que permitirá la aplicación simultánea, coherente y coordinada de las muchísimas fuentes legislativas convergentes”.²⁴⁴ Lo que sucede es que hay que tener presente lo que bien plantea Barocelli, en palabras que compartimos: “La ‘sociedad de consumo’ en la que estamos inmersos desde hace algunas décadas coloca a los consumidores en una situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Relaciones que, en muchos casos, se encaminan en un sendero de conculcación de derechos, incumplimientos, daños materiales e inmateriales, abusos y frustraciones, especialmente entre los consumidores de sectores menos favorecidos. Hay que tener en cuenta esta dimensión sociológica a la hora de la interpretación del Derecho”.²⁴⁵

Al respecto, el lector especializado en la temática recordará el resonante caso “Gualtieri”, en donde, en especial en el voto de la Dra. Argibay, se precisa que es difícil concebir algo más privado que el propio cuerpo, ya que el derecho de cada persona a excluir interfe-

²⁴⁴ Lima Márquez, Claudia, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 144 y sigs.

²⁴⁵ Barocelli, Sergio S., “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, 25/08/2015, Buenos Aires, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf> [Consultado el 03/04/2020].

cias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada, en la que rige el principio de autonomía personal.²⁴⁶

En este sentido, además del sistema normativo del consumidor, cuando estemos ante un paciente se sumará la normativa protectoria de derechos del paciente y la ley de ejercicio de la medicina e incluso podríamos también encontrarnos con que además se tendrán que aplicar las leyes de obras sociales, o de la medicina prepaga, o de matrimonio igualitario, y/o de identidad de género, o de la ley de salud sexual y reproductiva, y/o de salud mental, y/o la ley antidiscriminatoria, o de protección de la vejez, solo por mencionar algunos sistemas protectorios especiales, según la plataforma fáctica y circunstancia de cada caso en particular.

Imaginemos, entonces, cuánto vamos a tener que modificar el modelo médico tradicional de atención de salud a efectos de poder instalarlo como práctica habitual con los pacientes en general y más aún con los adultos mayores en particular, es decir, con pacientes hipervulnerables, a los que generalmente les cuesta adaptarse a los cambios drásticos en la era digital.

IV. Distintos tipos de telemedicina

En general, la telemedicina, coincidiendo con Vittolo (Vittolo: 2011), incluye no solo el aspecto asistencial, sino también la gestión y la educación.²⁴⁷ Es decir que los médicos y los pacientes se beneficiarán con el avance tecnológico. Es por ello que expondremos una lista sucinta pero que involucra los usos más comunes de la Telesalud o e-health.

A. *Teleasistencia*: es la interacción entre el médico y un paciente que, por situaciones exclusivamente geográficas, se encuentran a una distancia considerable y sin acceso a un profesional local.

²⁴⁶ CSJN, “Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, causa N° 46/85 - S.C. G. 1015; L. XXXVIII. Sentencia: 11/08/2009, en <https://sj.csjn.gov.ar/suplementos-data=Gualtieri> [Consultado el 03/04/2020].

²⁴⁷ Vittolo, Fabián, “Telemedicina. Nuevas tecnologías, nuevos riesgos”, Biblioteca Virtual Noble Compañía de Seguros, 10/2011, en: http://www.nobleseguros.com/ARTICULOS_NOBLE/66.pdf [Consultado el 03/04/2020].

B. *Teleconsulta*: es la interacción del paciente y el profesional del equipo de salud dada a través del cualquier medio electrónico (telefonía móvil, tabletas, vía web - internet, etc.). Este tipo de situaciones conlleva ciertos peligros, ya que la seguridad informática no nos permite saber a ciencia cierta si de un lado tenemos a un paciente real y del otro a un profesional de la medicina también real.

C. *Teleinterconsulta*: es la consulta entre dos profesionales del equipo de salud, o entre un médico que solicita la interconsulta de otro profesional que no se encuentra físicamente en la consulta del primero, quien sí se encuentra con el paciente. Este método puede incluir la transmisión de videos del paciente, imágenes de sus estudios, resultados de estudios de laboratorio, entre otros. En la jerga médica, suele denominarse telediagnóstico.

D. *Telegestión*: no es un método novedoso toda vez que, desde la inserción de la cibernética en el mundo moderno, se pueden solicitar turnos a distancia, ya sea para consultas médicas en general, para chequeos previos a una cirugía o para recibir los resultados de un estudio clínico o de laboratorio en particular. La telegestión se ha implementado en todo el país en distintos organismos públicos y privados, de modo facilitador para las personas y la distancia. El resto del mundo utiliza la telegestión hace ya varias décadas.

E. *Telecapacitación (e-learning)*: es la utilización académica de una videoconferencia a efectos de impartir alguna directiva a distintos profesionales, o una determinada clase a un grupo de estudiantes, etc. Este modo también viene siendo utilizado en el mundo y en nuestro país desde hace más de una década –interacción académica por tutorías online, cursos de capacitación y resolución, charlas TED, etc.

Un caso particular planteado por Vittolo (Vittolo: 2011) en esta descripción de algunos de los modos de medicina en línea o a distancia es el de la telecirugía o cirugía robótica²⁴⁸, ya que según su estadística más de 300 hospitales alrededor del mundo cuentan con esta tecnología; la primera cirugía telemédica fue realizada en el año 2001, en un hospital en Francia cuyos médicos solo realizaron la incisión inicial de una vesícula infectada, en tanto los médicos de Nueva York comandaron a distancia a los robots y a las instrumentadoras para remover dicha

²⁴⁸ *Ibíd.*

vesícula, quedando al resguardo y adentro del quirófano los profesionales franceses por una eventual emergencia quirúrgica.

En cuanto a las ventajas que plantea la telemedicina se encuentran la accesibilidad y rapidez para encontrar soluciones para el paciente, evitar desplazamientos innecesarios en consultas comunes hasta los centros asistenciales, servir de apoyo al equipo de profesionales en lugares o zonas de acceso limitado –en nuestro país y a modo de ejemplo: el impenetrable chaqueño–, favorecer la continuidad asistencial, actualización de conocimientos profesionales en lugares remotos, etc.

En cuanto a sus desventajas, la mayor complicación se encuentra en la privacidad de los datos del paciente, conforme surge de nuestra Ley N° 25.326/2000, Ley de Protección de Datos Personales, considerados los datos en salud “sensibles”, la responsabilidad profesional se torna más compleja de controlar y probar y el entendimiento del paciente con respecto a las indicaciones dadas por el profesional de la salud, entre otros.

Así descrito, debemos de redefinir algunos Institutos Jurídicos involucrados en la atención del paciente a distancia y dispuestos en la normativa local; historia clínica electrónica; consentimiento informado; directivas anticipadas; autodeterminación del paciente–principio de autonomía y revocación de sus decisiones, entre otros, sin olvidarnos de que algunas precisiones o regulaciones legislativas podrán estar al borde de límites bioéticos en la relación médico-paciente.

V. La tecnología y el vínculo entre el adulto mayor y la actualidad

Según opinión calificada de Servente (Servente: 2019)²⁴⁹, la tecnología llega a todos lados, desde el fondo del mar con una cámara que estudia su composición, hasta un robot que llega a Marte. Quien no utiliza sus avances se siente fuera de conversaciones y actividades habituales del día a día. Esto sucede con algunos adultos mayores en la Ciudad de

²⁴⁹ Servente, Luciana, “Tecnología: El vínculo entre el Adulto Mayor y la actualidad”, en: <https://www.buenosaires.gob.ar/massimple/novedades/tecnologia/adultomayoryactualidad> [Consultado el 03/04/2020].

Buenos Aires y en todo el mundo, y es algo que puede cambiar si nos lo proponemos. Según datos del INDEC del año 2014, en una encuesta nacional sobre calidad de vida de adultos mayores de 2012, estos no utilizan internet por temor, inseguridad, desconfianza, miedo a equivocarse y desconocimiento sobre el tema. Según la misma encuesta, la mayoría de los adultos mayores utilizan Facebook para ponerse en contacto con sus conocidos. Estas cifras se reflejan en los números de la red social de Mark Zuckerberg: el 90 % de los usuarios nuevos en 2015 tienen más de 50 años. Se están empezando a acercar a Facebook, un lugar conocido por sus seres queridos menores, que han sido desplazados por sus padres y abuelos.

Debemos destacar que no solamente Facebook como red social a nivel mundial encabeza las nuevas formas de comunicación a través de la tecnología, sino también WhatsApp, Twitter, Instagram, Telegram, Snapchat, entre otros. Por otra parte, cabe mencionar que cuando hablamos de adultos mayores vulnerables no nos referimos a las personas de 50 años, sino a todas aquellas que han alcanzado su etapa jubilatoria en nuestro país, es decir, 60 años en las mujeres y 65 años en los hombres, como mínimo. Si bien nuestros adultos mayores cada día con más frecuencia se acomodan a los avances tecnológicos, queda pendiente aún una gran masa de personas que, sin ayuda familiar, sin readecuación a nuevas tecnologías, sin posibilidades económicas, sociales, y culturales acceden al futuro de la e-salud.

Continúa Servente teorizando que gracias a la popularización de los teléfonos celulares inteligentes cada vez son más los adultos mayores que utilizan la tecnología para sus trámites día a día. Siendo claros que los ancianos de hace veinte años no son los mismos que los actuales, ya que muchos de ellos utilizan el *home banking*, la telemedicina, etc., como herramientas claves para una mejor calidad de vida, dejando atrás la alienación de la vejez.

No se pueden poner barreras entre el adulto mayor y la tecnología, ya que esta última le va a permitir traspasar las propias barreras que le da la edad: las físicas y mentales. Desde acceder a un banco en su propio hogar, hasta aprender un nuevo idioma, escuchar música, investigar su árbol familiar; son todas herramientas para mejorar sus vidas, y por qué no, acercarlos al resto de la población, que también tiene mucho que aprender de ellos.

Si bien la Licenciada en Comunicación Social tiene una acertada apreciación de la vejez y las nuevas tecnologías, nuestro trabajo está

orientado a las decisiones en salud a distancia o a través de medios electrónicos, es por ello que es absolutamente diferente tomarse el tiempo *online* en buscar una canción o aprender un idioma a la resolución de una e-consulta o decisión acerca de la salud de las personas. Asimismo, es certera la afirmación de la telefonía inteligente y la ayuda al desarrollo del futuro, sin olvidarnos de que el acceso a un aparato telefónico de alta gama en la Argentina actual, con un 40 % de pobreza estructural, entre los cuales están incluidos el 70 % de los adultos mayores vulnerables, es decir, jubilados del SIPA que acceden a un haber jubilatorio mínimo sin llegar a complementar ni de cerca la canasta básica familiar mensual, es claramente imposible. Es decir que, con un cuadro inobjetable de la situacional social, no se puede pretender, ni mucho menos presumir, que este grupo etario de personas accedan a un teléfono inteligente o a algún otro método de comunicación tecnológico y hasta es una entelequia pensar que todos los ancianos tienen un grupo de contención detrás, a efectos de la ayuda e ingreso al mundo de las nuevas tecnologías, desconociendo la realidad social actual.

VI. Redefinición de los Institutos Jurídicos tradicionales en la atención médico - paciente a través de la Telesalud

En el apartado anterior planteamos los tipos de utilización más comunes en la telemedicina y la necesidad de redefinir algunos Institutos Jurídicos tradicionales y utilizados en la atención sanitaria: historia clínica electrónica, consentimiento informado, directivas anticipadas, autodeterminación del paciente-principio de autonomía y revocación de sus decisiones, entre otros. Hablar de historia clínica electrónica es ingresar en un campo ya explorado, en tanto la Ley N° 26.529/2009, Ley de Derechos del Paciente historia clínica y consentimiento informado, en su artículo 13, trata las particularidades de esta forma diferente de asentar los registros de salud sobre el paciente, asegurando la situación a través de *software* comerciales confiables y de la firma digital o electrónica regulada en la Ley N° 25.506/2000, Ley de Firma Digital.²⁵⁰ La doctrina y la jurisprudencia se han expedido al

²⁵⁰ Faliero, Johanna C., *Historia Clínica Electrónica. El futuro de la gestión do-*

respecto y no nos merece un mayor análisis al establecido hasta nuestros días. Ahora bien, cuando de consentimiento informado se trata, consideramos que debemos detenernos y analizar la cuestión.

La regulación es clara en la materia, además de bastarse a sí misma, sin dejar dudas con relación a la necesidad, obligatoriedad, forma y responsabilidad respecto al consentimiento libre e informado, como proceso de deliberación del paciente, luego de haber recibido por parte del profesional una explicación clara, completa y detallada de los beneficios y riesgos de la práctica médica a realizar. La Ley N° 26.529, en sus artículos 5º, 6º y 7º trata el tema, así como también su reforma del año 2012, Ley N° 26.742, el CCC en el artículo 59 y normas internacionales referidas a la investigación clínica o al trato con personas humanas. En cuanto a la revocabilidad de la decisión del paciente, dispuesta en el artículo 10 de la Ley N° 26.529, prescribe la obligación del profesional actuante de acatar la decisión y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando, para el caso, todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad. No es incoherente plantearnos la posibilidad en la que un paciente acepte un tratamiento o lo revoque a través de dispositivos electrónicos que funcionen de forma deficiente, cuenten con algún problema mecánico o electrónico o el propio paciente haya comprendido mal su utilización y enfrentemos una complicación mayor y una responsabilidad no alcanzada hoy por la normativa vigente. Si bien es cierto que la futurología no es una prescripción dispositiva de la norma jurídica, debemos plantearnos hechos futuros, aunque parezcan descabellados en virtud del avance tecnológico inminente.

Tratar las directivas anticipadas y adaptarlas a la e-salud también puede generar una particular discusión. La complejidad viene de la mano de su instrumentación, ya que tal y como se encuentra planteada hoy en el artículo 11 de la LDP y en el artículo 60, CCC, obliga a realizarse con estrictos requisitos de forma, tales como que se exprese por aquellas personas con amplia capacidad civil, es decir, mayores de 18 años y por ante un juez de primera instancia o un escribano público y dos testigos, siempre y cuando no se establezcan prácticas eutanásicas, las que, en su caso, se tendrán por no escritas. Establecerla a través de

cumental sanitaria en la era de la e-salud, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.

medios electrónicos, y darle eficacia y validez legal, merecerá a nuestro criterio una reforma de la norma prescripta.

En cuanto a la autodeterminación de las personas humanas y, en nuestro caso, del paciente en su calidad de consumidor de los servicios de salud, la carta magna establece sus recaudos a través de las garantías amparadas en los artículos 19 y 42. Ahora bien, merece un estudio minucioso que excede nuestro trabajo, pero basta con recordar que la plena decisión del paciente con respecto a rechazar o aceptar terapias sobre su propio cuerpo son parte de su autonomía –esa decisión libre y no coaccionada– que tiene por imperio constitucional, planteado por el tribunal supremo, entre otros precedentes, *in re: “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas Precautorias - CSJN 01/06/2012”*, *Fallos: 355:799*, que dictaminó entre sus considerandos que, si se encuentran comprometidas las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal. Los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la Ley N° 26.529, al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa” (art. 2° inc. e). La Ley N° 26.529, en su artículo 11, reconoce a toda persona capaz mayor de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, que se tendrán como inexistentes. La libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que no aparecen configuradas en el caso. No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Así,

mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad y hay que respetarlos, aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. Los derechos esenciales de la persona humana –relacionados con su libertad y dignidad– comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega –incluso– a eximirlos de la autoridad de los magistrados, art. 19 de la Constitución Nacional. (Voto del Dr. Fayt). No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Una conclusión contraria significaría convertir al artículo 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que solo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior (Voto de Dr. Petracchi que remite a su voto en disidencia en el caso “Bahamondez”, *Fallos*: 316:479). Tengamos en cuenta, entonces, que la autodeterminación es soberana para las personas, sin perder de vista que cuando se trata de cuestiones de salud y, sobre todo, con aquellas que ameritan una reflexión sobre la dignidad en el final de la vida de las personas, el Estado regula o se entromete en ciertas decisiones, a punto tal que por el principio de autodeterminación podemos vivir como queramos, pero no morirnos de la forma en que lo decida cada persona. Es decir que la autonomía del paciente por imperio bioético se ve coartada por las regulaciones que nuestro Estado plantea, entre otras, en el Decreto Reglamentario N° 1.089/2012. Tratamiento especial, a nuestro entender, que también va a tener que replantearse en este aspecto.

VII. Decisiones al límite de la bioética médica

Desde la concepción moderna de la teoría principialista que enmarca a los principios rectores de la bioética médica moderna y a sus consecuentes reglas morales, nos surge otra reflexión establecida a través de dichos principios: beneficencia; no maleficencia; autonomía y justicia,

y sus reglas morales: veracidad, consentimiento informado y secreto profesional, en virtud de establecer la intimidad del paciente en sus decisiones y el resguardo de sus datos sensibles de salud. Establecer nuevas situaciones en torno a estas cuestiones nos obligarán a repensar y redactar nuevas formas de resguardo, cumplimiento y respeto por estos principios, ya que de continuar utilizándose de la forma habitual pueden surgir nuevos inconvenientes en la relación de la atención de salud que roce los límites bioéticos.

Pensemos sin escepticismo, pero con un viso de realidad, qué sucedería si un profesional olvidara, perdiera o fuera víctima de un hurto o un robo de su dispositivo electrónico, cualquiera fuera para el caso, en el que se encuentran las decisiones de sus pacientes, los tratamientos indicados, los resultados de sus estudios o sus diagnósticos, presuntivos o definitivos y se filtraran esos datos. Está claro que, sin intención, serían puestos en manos de extraños a dicha relación, pudiendo ser divulgados, mal usados, vendidos o confinados a maniobras extorsivas a efectos de la sola retribución por la importancia de la información contenida.

Un nuevo problema de responsabilidad profesional se plantearía aquí, toda vez que no se podría imputar responsabilidad en principio sin determinar los elementos tanto de la responsabilidad civil, cuanto de la responsabilidad penal, surgiendo para el médico un eximente de responsabilidad y, para el paciente, una grave violación a su dignidad personal, su intimidad y su proyecto de vida. Esta intimidad del paciente, la protección de sus datos de salud y la no preservación y no violación del secreto profesional, perderán sentido, salvo que se determine una nueva forma de protección, siendo que cuando el paciente acepte una indicación, relate sus síntomas, dolencias o signos de malestar sobre su cuerpo, física o psicológicamente, podrá ser escuchado o visto por otras personas además del interesado, echando por tierra el límite bioético descripto y su consiguiente regla moral.

No olvidemos que la violación del secreto profesional se encuentra tipificada como delito en el Código Penal Argentino, en su artículo 156, según reza: “Será reprimido con multa de mil quinientos pesos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que, teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”. El deber de reserva se refiere a los datos personales o de salud que conoce el profesional por la relación de confianza que mantiene con su paciente y que comprendería los

datos revelados por el paciente y los descubiertos o deducidos por el profesional. De hecho, existe una clasificación de los secretos médicos de relevancia:

- *Secreto médico absoluto*: se trata de la negación inquebrantable de cualquier tipo de revelación. El médico no podrá confiar un hecho conocido a través de su profesión ni a sus colaboradores. Esta modalidad es utilizada en Inglaterra.

- *Secreto médico relativo* (intermedio o ecléctico): aceptado por nuestra legislación y la del resto de América del Sur, convalida la revelación a personas y entidades correspondientes (con discreción y límites) del secreto médico siempre que hubiera una razón suficiente: "justa causa". En cierto modo, la revelación queda supeditada a casos de excepción.

- *Secreto médico compartido*: variante del anterior, amplía el conocimiento a otro médico o auxiliar de un hecho de su profesión siempre que redunde en el beneficio terapéutico del paciente. Se trata de la asistencia ejercida por un equipo que proporciona un diagnóstico, pronóstico o tratamiento a un paciente. No solo los distintos médicos actuantes tienen el deber sino también el personal de enfermería, laboratorio, farmacia, fisioterapia, terapia ocupacional, residentes, etc.

- *Secreto médico derivado*: surge de la medicina institucional u organizacional. Hay una extensión del sigilo al personal que no es estrictamente médico. Aquí la referencia está dada al personal administrativo sanitario (difusión continua), como así también al personal de justicia o de empresas aseguradoras (difusión discontinua), etc.

Desde otra óptica al secreto en general se lo clasifica en: secreto natural, prometido y confiado.

- *Secreto natural*: este secreto es independiente de todo contrato profesional y se extiende a todo lo que el profesional ha podido obtener por casualidad, por investigación o por confidencia de un tercero. No puede divulgarse, pues se trata de un precepto moral, resguardado por la deontología. Razones de índole natural (no dañar a otro) y de orden ético exigen la reserva. Secreto prometido: en este caso hay un compromiso personal, un pacto entre partes en cuya base se encuentra la reserva prometida por el galeno. Secreto pactado o confiado: emana de una promesa explícita o implícita hecha de antemano. Un contrato entre quien transmite la información y quien la recibe. Cuando este pacto viene de la mano de la profesión médica se habla propiamente del secreto profesional médico. Al secreto médico propiamente dicho se lo distingue en:

- *Secreto moral*: supone una obligación genérica a las disposiciones sanitarias que deben regirse por las reglas de la discreción y confidencialidad hacia los pacientes. Los distintos códigos de ética médica solventan y resguardan este secreto.

- *Secreto contractual*: está referido a la obligación sanitaria del médico, su equipo o personal administrativo. Deben resguardar el secreto de todo lo recibido confidencialmente motivo del acto médico.

- *Secreto legal*: la normativa concreta exige guardar el secreto profesional.²⁵¹

Con la descripción referenciada, consideramos que es sumamente importante replantear nuevos horizontes y tratar de encontrar nuevas herramientas y vías de abordaje acerca del tema.

Por otro lado, establecer la no maleficencia y el respeto estricto por la autonomía o autodeterminación personal del paciente, y en nuestro caso, de los adultos mayores hipervulnerables en particular, pondría al paciente al límite de las situaciones bioéticas planteadas en la actualidad a través de la Telesalud.

La comprensión clara de las indicaciones por medio de dispositivos electrónicos, el estar convencido de que el clic de un teléfono, una tableta o una computadora importará una aceptación de la decisión tomada, será una tarea a realizarse en el futuro inmediato de educación permanente, de tutoriales, de publicidad oficial y privada de las Instituciones y de todos los efectores de salud, a modo de alertar y enseñar a la población sobre tales extremos.

La e-health no solo comprende a los adultos, simplemente nos hemos ocupado de ellos, porque el tema tratado son los adultos mayores, pero en rigor de verdad, y considerando que el planteo lo amerita, no debemos de olvidarnos también de los menores de edad con capacidad progresiva para decidir sobre cuestiones atinentes a su propio cuerpo, los que han adquirido a través del artículo 26 CCC facultades de decisión de relevancia para la salud y las personas con alguna discapacidad y la importancia de sus representantes legales, tutores o

²⁵¹ Parma, Carlos, “Violación de Secreto Profesional”, en *Revista Pensamiento Penal*, 14/11/2013, en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37763-art-156-violacion-secreto-profesional> [Consultado el 03/04/2020].

apoyos, establecido como sistema novedoso en el artículo 43 del CCC, tratando de ampliar la protección.

VIII. Reflexiones finales

La edad no es indicador del valor humano²⁵², ni tampoco un valor moral en sí mismo. Todos cumplimos con nuestro ciclo de vida natural: nacemos, crecemos, nos reproducimos y morimos. La adultez trae como consecuencia la experiencia, la sabiduría, la vida vivida y la enseñanza hacia los más jóvenes. El avance tecnológico siempre es bienvenido, ya que simplifica tareas, tiempos, trae consigo soluciones más concretas y menos burocráticas, pero debe de saber utilizarse. El siglo XXI nos propone desafíos a los que tenemos que *aggiornarnos* de una u otra manera para no quedarnos en el camino. La telemedicina, en todas sus formas, está dotada de todo ello y por eso hay que celebrar su desembarco, pero no debemos olvidarnos que nuestro trabajo involucra a los adultos mayores. Personas de otro siglo, con otras costumbres, con formas distintas de relacionarse y con valores morales olvidados en nuestro tiempo.

Nuestro proteccionismo es hacia este grupo de personas, los adultos mayores, aquellos que se encuentran en una franja etaria diferente, por estar en la etapa final de su vida; son los que deben de ser informados, educados y especialmente cuidados de modo particular. No porque consideremos, como lo hemos dicho en artículos anteriores, que no puedan modernizarse o comprender y enfrentar estos nuevos desafíos, sino porque la misma sociedad los coloca en ese lugar. Los hijos acompañan a sus padres al médico y hablan y deciden por ellos, no dejando espacio para la reflexión personal que, aunque más lenta, es la que realmente vale. Los más jóvenes que consideran a las generaciones anteriores pasadas de moda y la paciencia y la comprensión no es un dato característico que tengan en cuenta, pero por fortuna está modificándose día a día.

²⁵² Ciancia, Olga E. e Introcazo Irazábal, Natalín I., *El derecho de las personas mayores*, Buenos Aires, Tribunales Ediciones, 2019.

Lo cierto es que la tecnología se pone al servicio del hombre y allí es donde debemos de hacer hincapié. Educando, informando, enseñando, simplificando tareas, formas y situaciones para poder continuar respetando todos y cada uno de los Derechos Subjetivos que las personas y, en nuestro caso, los adultos mayores tienen otorgados por ley. La enfermedad nos hace vulnerable y el binomio edad-enfermedad, a nuestro criterio, nos convierte en sujetos hipervulnerables. Nadie visita al médico por gusto, sino cuando realmente alguna situación aqueja su mente o su cuerpo. Establecer las condiciones favorables de la e-salud para que sea un beneficio de todos es una tarea pendiente y un plan a corto plazo, en aras de ponderar un país más plural e igualitario, sobre todo cuando de usuarios de los servicios de salud se trata o, como los denominamos nosotros, “consumidores de los servicios de salud”, en calidad de adultos mayores.

Hemos intensificado con especial énfasis el caso concreto de la imposibilidad de acceso de una gran porción de la población a sistemas de comunicación electrónica, sean estos de alta gama o no. No es caprichosa la situación, sino un dato objetivo de la realidad actual argentina. La privación material y cultural existió, existe y continuará existiendo, más allá de los buenos augurios y la bienvenida de la tecnología en salud y la inclusión de nuestros viejos - adultos mayores; negar tal situación es socavar en la necesidad de los soberbios.

En definitiva, nuestro trabajo no pretende convencer a quienes disientan de nuestra postura, simplemente intenta ser un aporte doctrinario con respecto al tema de la e-salud o telemedicina, en un mundo que tiende al avance e implementación de nuevas tecnologías en el futuro inmediato y a la globalización de dichas tecnologías, incluyendo de la manera menos gravosa posible a todos los ciudadanos, tengan la edad que tengan, intentando reflexionar acerca de los nuevos desafíos que la posmodernidad nos plantea, ya que la medicina, el Derecho, la economía, la sociología, la psicología, la cibernética, entre otras disciplinas, deberán comenzar a dar respuestas certeras a los problemas cotidianos, en aras de una sociedad plural, inclusiva e integradora y en clave con los Derechos Humanos.

Insistir en la protección de nuestros adultos mayores y vulnerables no es derribar el principio de autodeterminación personal, ni mucho menos rotular a nuestros viejos como incapaces de adaptarse al avance social. Es, por el contrario, darle luz y voz a un colectivo importante que en ciertos casos no la tienen y trabajar sobre posibles soluciones a

los problemas que nos plantea la cotidianidad de su salud y la adaptación a los nuevos sistemas.

Nunca debemos de perder de vista que el binomio edad-enfermedad transforma a nuestros adultos mayores de personas vulnerables en hipervulnerables y cuando de salud se trata, nuestro grupo etario en estudio posee la clara categoría de consumidores de servicios de salud, quienes deben de estar protegidos, entre otros sistemas, por el protectorio de los derechos de los consumidores y usuarios.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ROBOTS AUTÓNOMOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Cruz López Guillermón

I. Introducción

Vivimos la antesala a grandes tiempos de cambio. Con esto no busco negar los grandes avances tecnológicos del cual somos beneficiarios, sino que una lectura a conciencia del tema que trataremos nos brindará la visión necesaria para comprender que los tiempos venideros provocarán cambios trascendentales para nuestras vidas.

Nos vemos atravesados por la denominada cuarta revolución industrial y, en consecuencia, atestiguamos cómo nuestros días van cambiando. La tecnología más disruptiva de esta revolución es la inteligencia artificial (IA).²⁵³ Por esta razón, doctrinarios de muchas ramas del Derecho debaten acaloradamente sobre los impactos de la principal tecnología de esta revolución. Quienes estudian y trabajan en el tema se ven atravesados por una discusión sobre el futuro que nos espera y estimo que el mejor ejemplo podemos hallarlo en el Derecho

²⁵³ Cevasco, L.; Corvalán, J. G. y Le Fevre Cervini, E. M., *Artificial Intelligence and Work. Building a New Employment Paradigm*, CABA, Editorial Astrea, 2019, p. 10.

Laboral. Por un lado, tenemos una postura positiva que predice que los cambios tecnológicos en los años venideros conducirán a un estado de abundancia generalizado en el que la IA y personas se potenciarán mutuamente.²⁵⁴ Dentro de esta, una subpostura estima que podrían producirse grandes cambios en el ámbito laboral, con una disminución en la jornada de trabajo y eliminación de categorías nocivas para el trabajador.²⁵⁵ En sentido opuesto, la otra vertiente entiende que de no prepararnos de manera responsable²⁵⁶ para los cambios próximos, tendremos enfrente a una gran amenaza que llevará a la depreciación de un vasto número de capacidades humanas, su consecuente desempleo y fractura en el tejido social.²⁵⁷ La mención de estos debates solamente busca hacer notar al lector de la etapa prematura en la que nos encontramos, del potencial disruptivo de estos sistemas y de la labor de comprender la situación, conceptos y demás que resulte necesario para aventurarnos en tal camino e intentar brindar posibles soluciones.

II. ¿Qué es la inteligencia artificial?

Una de las tareas que presenta mayor dificultad dentro del marco académico es la de brindar una definición del nombrado concepto con el potencial necesario para ser aceptada. Nos animamos a sostener esto ya que a través de un examen a conciencia podemos observar que tanto en documentos de los más variados organismos internacionales, textos académicos, como no académicos, no hay una mirada predominante que se libre de toda duda o cuestionamiento.

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ Beliz, G., “Logística robótica, eficacia en el manejo de inventario”, en *Algoritmolandia, inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, Buenos Aires, Planeta, 2018, p. 13.

²⁵⁶ Informe del Secretario General, “Aprovechamiento de las nuevas tecnologías para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, Consejo Económico y Social, E/2018/66 (21 de mayo de 2018), considerando 19. En: <https://undocs.org/es/E/2018/66>.

²⁵⁷ Heymann, D. y Mira, P., “Macroeconomía de ciencia ficción”, en *Algoritmolandia, inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, Buenos Aires, Planeta, 2018, p. 115.

A pesar de ello, y con intenciones de participar del debate, podemos comenzar manifestando que estamos hablando de una disciplina interdisciplinaria. Entre muchos podemos nombrar a la filosofía, lingüística, ciencia cognitiva, neurociencia, etc. En esta misma línea, se manifiesta el Grupo de expertos de alto nivel sobre IA de la UE, que han expresado que podemos definir los sistemas de inteligentes como “sistemas de *software* (y en algunos casos también de *hardware*) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido”.²⁵⁸

En relación con lo antes dicho, previamente debemos diferenciar entre dos concepciones diferentes de IA. En las etapas iniciales de esta disciplina, ellas fueron brindadas por el filósofo John Searle, quien distinguía entre una versión débil y fuerte de inteligencia artificial. En la actualidad, podemos encontrar variaciones de estas mismas, pero con una mayor extensión y riqueza en el tratamiento. De este modo, un sistema de IA general es aquel diseñado para realizar la mayoría de las actividades que pueden llevar a cabo los seres humanos. Por el contrario, los sistemas de IA específicos solo están destinados a realizar una tarea concreta o un número reducido de ellas. Para este trabajo, y en las próximas líneas, no nos enfocaremos en la versión general, ya que todavía no se han podido realizar grandes avances en dicho campo por las dificultades que presenta tal noción.

²⁵⁸ Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial de la Unión Europea, “Una definición de la inteligencia artificial: principales capacidades y disciplinas científicas”, abril de 2019, p. 8.

A. ¿Qué es y cómo funciona?

A.1) Características

Sin intención de sonar en el futuro inmediato repetitivo, debemos exponer las tres características principales de los sistemas inteligentes. Ellas son: a) *software* que aprende y en consecuencia se adapta²⁵⁹, b) *hardware* con un poder masivo de cómputo, c) grandes cantidades de datos.

Estas características combinadas son las que les darán vida a estos nuevos sistemas inteligentes.²⁶⁰ Su resultado es que los sistemas de IA (por medio de algoritmos) ya pueden aprender por sí mismos, y ser autónomos y adaptativos.²⁶¹

Para alcanzar tales características existen distintas técnicas. Entre tantas, podemos nombrar a los sistemas expertos, redes neuronales, algoritmos genéticos, etc. Para los fines de este trabajo, hemos decidido tomar como marco la técnica de redes neuronales, con una arquitectura combinada de redes neuronales por capas e indistintamente recurrente, por refuerzo, supervisado y no supervisado²⁶², entendiendo que el fondo del tratamiento puede ser útil más allá de la variante elegida.

Continuando con lo dicho precedentemente, estimo adecuado y oportuno brindar una noción general de ciertos conceptos antes de adentrarnos en el proceso de aprendizaje. En la base de la inteligencia artificial están los algoritmos, códigos informáticos diseñados y escri-

²⁵⁹ Una de sus características, observable solamente a través de la comprensión cabal del procedimiento, es su adaptabilidad. Esta es consecuencia de que los algoritmos en que se basan son capaces de determinar progresivamente nuevos problemas y elaborar nuevas respuestas.

²⁶⁰ López Briega, R., *IAAR*, Buenos Aires, 2019, p. 4, en: <https://iaarbook.github.io/autor/> [Consultado el 29/07/19].

²⁶¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, “La inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”, Diario oficial de la Unión Europea, pp. 288/1 - 288/9, 2017, párr. 2.3.

²⁶² Bravo, P. C., “Introducción a las técnicas de inteligencia artificial aplicadas a la gestión financiera empresarial”, en *Fides et Ratio - Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*, Bolivia, 2010, p. 12.

tos por seres humanos que ejecutan instrucciones para traducir datos en conclusiones, información o productos.²⁶³ Podríamos comenzar diciendo que el aprendizaje automático incluye algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas específicas sin estar programados para ello. El método se basa en el procesamiento de “datos de entrenamiento” que sirven de base al algoritmo para aprender a reconocer patrones y formular normas. El aprendizaje profundo (*deep learning*), una de las tantas formas de *machine learning*, utiliza estructuras de redes neuronales basadas a grandes rasgos en el cerebro humano, que aprende mediante el ensayo y la respuesta.

Con mayor precisión, las redes neuronales artificiales son un modelo computacional compuesto por muchas unidades interconectadas, cada una capaz de realizar una sola operación; cada una de ellas conectada a algunas otras y los enlaces entre ellas.

En las redes neuronales artificiales, a la par de realizar la asignación de entradas a salidas, objetivo con la participación de una gran cantidad de datos que sirven de ejemplo, también debemos decir que aquí se utiliza un algoritmo de *backpropagation*.²⁶⁴

²⁶³ Internacional, Resolución N° 73/348, del 29 de agosto de 2018, Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 2018. Considerando 5, en: <http://undocs.org/es/A/73/348> [Consultado el 29/11/2019].

²⁶⁴ El nombre de *backpropagation* resulta de la forma en que el error es propagado hacia atrás a través de la red neuronal, en otras palabras, el error se propaga hacia atrás desde la capa de salida. Esto permite que los pesos sobre las conexiones de las neuronas ubicadas en las capas ocultas cambien durante el entrenamiento. El cambio de los pesos en las conexiones de las neuronas, además de influir sobre la entrada global, influye en la activación y por consiguiente en la salida de una neurona. Por lo tanto, es de gran utilidad considerar las variaciones de la función activación al modificarse el valor de los pesos. Esto se llama sensibilidad de la función activación, de acuerdo con el cambio en los pesos.

^{Pa}ra un estudio más detallado, sugiero la lectura del documento de Grupo de Investigación Aplicada a la Ingeniería Química, “Informática Aplicada a la Ingeniería de Procesos”, Rosario, Universidad Tecnológica Nacional – Facultad Regional Rosario, Departamento de Ingeniería Química, en: https://www.frro.utn.edu.ar/repositorio/catedras/quimica/5_anio/orientadora1/monograias/match-redesneuronales.pdf [Consultado el 26/07/19].

La distribución de neuronas dentro de la red se realiza formando niveles o capas, con un número determinado de dichas neuronas en cada una de ellas. La red aprende algo simple en la capa inicial de la jerarquía y luego envía esta información a la siguiente capa. La siguiente capa toma esta información simple, la combina en algo que es un poco más complejo, y lo pasa a la tercera capa. Este proceso continúa de forma tal que cada capa de la jerarquía construye algo más complejo de la entrada que recibió de la capa anterior. De esta forma, la red irá aprendiendo por medio de la exposición a los datos de ejemplo.²⁶⁵ La especificación de lo que cada capa hace a la entrada que recibe es almacenada en los pesos de la capa que, en esencia, no son más que números.

A su vez, cuando los resultados no son los correctos o esperados, se realizarán cambios adaptativos en los pesos y a veces en las conexiones entre ellas. En caso de que la estructura sea fija, solo varían los pesos; en caso contrario, lo harán tanto los nombrados como los enlaces.²⁶⁶ Para que se ejecute una determinada tarea, es necesario someterla a un proceso de aprendizaje o entrenamiento, a través de la presentación repetitiva y sistemática de un apreciable conjunto de ejemplos. Gracias a ellos y por medio de la aplicación reiterada del método de prueba y error, la red neuronal ajusta el grado de conectividad entre las unidades, reforzando aquellas conexiones que originan una respuesta correcta y debilitando las que dan lugar a una incorrecta.²⁶⁷

En el proceso de aprendizaje, los enlaces ponderados de las neuronas se ajustan de manera que se obtengan ciertos resultados específicos. Una red neuronal no necesita una instrucción para resolver un problema, ya que ella puede generar su propia distribución de pesos en los enlaces mediante el aprendizaje. También existen redes que continúan aprendiendo a lo largo de su vida, después de completado su período de entrenamiento.

Tomando lo dicho como punto de partida, aquí nos surgen los siguientes interrogantes: ¿es únicamente el sistema inteligente el que

²⁶⁵ López Briega, R., ob. cit., p. 16.

²⁶⁶ Boden, M., *Inteligencia artificial*, Madrid, Turner Publicaciones, 2017, p. 88.

²⁶⁷ Moriello, S., *Inteligencia natural y sintética: Una aproximación transdisciplinaria*, Buenos Aires, Nueva librería, 2005, p. 92.

decide la toma de decisión? ¿No hay intervención humana en dicha toma de decisiones?

La función del diseñador es la obtención de la arquitectura apropiada y, en este sentido, es necesario que desarrolle un algoritmo de aprendizaje adecuado que le proporcione a la red la capacidad de discriminar mediante un entrenamiento con patrones.²⁶⁸

La red neuronal aprende sobre la base de ejemplos, no es el programador, sino el propio sistema (gracias a la gran cantidad de datos que le sirven de ejemplo) el que realiza la toma de decisión. De allí que “los programadores de algoritmos basados en IA pierdan la capacidad de saber por qué aquel ha tomado una determinada decisión, puesto que lo hizo sobre la base del conjunto de entradas que recibió. El algoritmo adquiere cierta distancia frente al diseñador o al programador”²⁶⁹

Es por ello que en algunas técnicas de aprendizaje automático encontraremos grandes críticas a su transparencia.²⁷⁰ Concretamente nos encontramos con el concepto de “caja negra”, que refiere a este tipo de escenarios en los que no es posible encontrar el motivo subyacente a determinadas decisiones.²⁷¹

A.2) Robots inteligentes

Ya conviviendo en muchos países del mundo con vehículos autónomos, no sería de extrañar que dentro de unos años nos topemos con robots

²⁶⁸ Grupo de Investigación Aplicada a la Ingeniería Química, *Informática Aplicada a la Ingeniería de Procesos*, Universidad Tecnológica Nacional – Facultad Regional Rosario, Departamento de Ingeniería Química, Rosario, p. 9, en: https://www.fro.utn.edu.ar/repositorio/catedras/quimica/5_anio/orientadora1/monograias/matich-redesneuronales.pdf. [Consultado el 26/07/19].

²⁶⁹ Danesi, C., *¿Quién responde por los daños ocasionados por los robots?*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019, p. 3.

²⁷⁰ El conocimiento que adquiere la red está codificado en sus pesos sinápticos y en la manera en que se conectan las neuronas. Resulta en extremo difícil para un ser humano interpretar dicho conocimiento, así como seguir –paso a paso– el razonamiento que la lleva a extraer sus conclusiones. Esto se vincula con el concepto de “caja negra”.

²⁷¹ Unión Europea, “Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas”, 2018, p. 8.

ambulantes por tiendas o almacenes.²⁷² Uno de los muchos campos donde podemos ver la aplicación de la IA es la robótica. Esta puede ser militar, doméstica, médica, asistencial, entre otras.

No obstante, todavía existen debates técnicos y doctrinarios sobre cuál debe ser la definición de inteligencia artificial y cuál la de los robots. Un ejemplo de esto es el informe del 27-01-2017 del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la Comisión de asuntos jurídicos sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. En él, se manifiesta la necesidad de crear una definición aceptada para ambos conceptos previamente nombrados, que sea acorde a los tiempos transitados y los venideros. En este mismo orden de ideas, entendiendo las implicaciones que conllevan la inteligencia artificial y la robótica como un campo de aplicación, entienden que es necesario comenzar a abordar las cuestiones relativas a la responsabilidad civil de una y otra.²⁷³

A esta clase de robots dotados con inteligencia artificial se los denomina robots autónomos o robots inteligentes. Sus características son:

- La capacidad de adquirir autonomía y ejercerla mediante sensores o mediante el intercambio de datos con su entorno, interconectividad, y el análisis de dichos datos²⁷⁴;
- La capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción²⁷⁵;
- La capacidad de adaptar sus comportamientos y acciones al entorno²⁷⁶;

²⁷² Béliz, G., “Logística robótica, eficacia en el manejo de inventario”, en *Algoritmolandia, inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, Buenos Aires, Planeta, 2018, p. 169.

²⁷³ Parlamento Europeo, “Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica”, 27/01/2017, en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0005&format=XML&language=ES>. [Consultado el 01/01/2020].

²⁷⁴ Santos González, M., “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos del futuro”, en *Revista jurídica de la Universidad de León*, España, N° 4, 2017, pp. 25-50.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ Celotto, A., “Derechos de los robots”, *Derechos en Acción*, 11(11), La Plata, 2019, p. 271. En <https://doi.org/10.24215/25251678e271> [Consultado el 01/01/2020].

- La inexistencia de vida en sentido biológico²⁷⁷;
- La forma de soporte físico de robot.²⁷⁸

En el mencionado informe se define a la autonomía del robot inteligente como la capacidad de tomar decisiones y aplicarlas en el mundo exterior, con independencia de todo control o influencia externa. Esa autonomía es puramente tecnológica y aumentará cuanto mayor sea el grado de sofisticación con que se haya diseñado el robot para interactuar con su entorno.²⁷⁹

A su vez, debemos comprender que este se encuentra en un determinado entorno, ambiente o contexto. Este lo envuelve e intercambia información con él. Por consiguiente, debe tener la capacidad para percibirlo (a través de sus sensores) y ejecutar acciones que de alguna manera lo alteran (a través de sus efectores), con el fin de alcanzar sus objetivos.²⁸⁰

Esta clase de robots son un claro ejemplo de IA de forma integrada²⁸¹, es decir, teniendo en cuenta todos los componentes que conforman un sistema inteligente, desde la percepción hasta la acción, pasando por el razonamiento, el aprendizaje y la comunicación. Nosotros hemos comentado en apartados anteriores que existe una versión fuerte y débil de inteligente oficial y aquí se ha puesto especial atención a la última nombrada.²⁸²

III. ¿Sesgos en los datos?

De lo narrado precedentemente, somos capaces de advertir lo necesario que resulta contar con una gran cantidad de datos para así poder realizar el proceso de aprendizaje. Por lo que se refiere a estos, es evidente que utilizaremos aquellos que consideraremos relevantes para esa tarea específica, dejando de lado los que no guarden relación con la tarea. Si deseamos obtener un resultado determinado utilizaremos

²⁷⁷ Danesi, C., ob. cit., p. 2.

²⁷⁸ Santos González, M., ob. cit., pp. 25-50.

²⁷⁹ Danesi, C., ob. cit., p. 2.

²⁸⁰ Moriello, Sergio, *Inteligencia natural y sintética: Una aproximación transdisciplinaria*, Buenos Aires, Nueva librería, 2005, p. 142.

²⁸¹ López Briega, R., ob. cit., p. 109.

²⁸² Mántaras Badia, R. L. y Meseguer González, P., *Inteligencia artificial*, Madrid, Editorial Catarata, CSIC, 2017, p. 111.

aquellos que estimemos conducentes con él, decidiendo dejar de lado otros por considerarlos sin relevancia.

También la calidad de estos es muy importante. La función de los algoritmos es procesar datos y, en consecuencia, están sujetos a una limitación compartida por todos los tipos de procesamiento de datos, la cual es que el producto nunca puede superar la información aportada.²⁸³

Al hablar de estos, aquellos ajenos a la ciencia de datos, solemos pensar que son simples representaciones objetivas de la realidad o de lo que queramos plantear. Sin embargo, probablemente si nos esforzamos por ver más allá de lo aparente, es posible que detectemos que ellos no son objetivos, sino que reflejan ideas preconcebidas, como prejuicios y otros sesgos.

Dicho de otra manera, antes de comenzar el proceso de entrenamiento los datos tienen que ser codificados, es decir, deben hallarse valores apropiados para representar las características simbólicas (alto, bajo, adecuado, etc.).²⁸⁴ A su vez, también debemos determinar un estado inicial, lo que significa: escoger un conjunto inicial de pesos para las diversas conexiones entre las neuronas de la red neuronal. Esto puede realizarse por varios criterios; por ejemplo, otorgar un peso aleatorio a cada conexión como así también fijo. Dependiendo el fin que pretendamos, estableceremos uno u otro sistema.

Al utilizar una red neuronal como un sistema de toma de decisiones, la salida de la red neuronal nos dirigirá directa o indirectamente a la solución al problema o decisión a tomar.²⁸⁵ Además, tendremos que tener presente que, muchas veces, al ser un campo con tantas y muy variadas aplicaciones, se utilizarán datos sustitutivos que realizarán correlaciones entre dos puntos. Muchas veces estas correlaciones son discriminatorias.

Siguiendo en la misma línea, es necesario sostener que todo modelo es una simplificación por el simple motivo de que no es posible reducir

²⁸³ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “El derecho a la privacidad”, 19 de diciembre de 2018, en: <http://undocs.org/es/A/72/540> [Consultado el 09/11/2019].

²⁸⁴ Grupo de Investigación Aplicada a la Ingeniería Química, ob. cit., p. 28.

²⁸⁵ Mántaras Badia, R. L. y Mesguer González, P., ob. cit., pp. 103-104.

la complejidad de la realidad a una serie limitada de datos. Es inevitable que parte de la información importante se quede afuera.

Al crear un modelo, decidimos sobre qué es relevante como para incluirlo en él y, de esa manera, lo transformamos en una versión reducida de lo que entendemos por aquel. Al reducir la realidad a través de un modelo, es irremediable que nos quedan puntos sin ver. Estos puntos ciegos son consecuencia de que el modelo refleja opiniones y prioridades de sus creadores para obtener el objetivo determinado.²⁸⁶ Al incluirse en estos modelos opiniones y prioridades, es inevitable que nuestros propios valores y deseos influyen en nuestras decisiones. Este marco abre la posibilidad para que puedan engendrarse actitudes discriminatorias.

El mismo razonamiento surge de la Resolución N° 72/540 de la Asamblea General (ONU) sobre “El derecho a la privacidad”, en el que se manifiesta: “[c]ontrariamente a su estructura aritmética, que les da una apariencia de objetividad, los algoritmos ‘inevitablemente conllevan valores’. Los valores que encarnan suelen reflejar los supuestos culturales o de otra índole de los ingenieros informáticos que los diseñan y les implantan dentro de su estructura lógica a modo de opiniones tácitas”.²⁸⁷

En síntesis, podemos decir que la IA aprenderá sobre la base de los datos que les brindemos. Dependiendo la calidad de los datos de los que dispongamos para que se efectúe el proceso de entrenamiento será la calidad de los resultados obtenidos.

El algoritmo no introduce sesgos, sino que reproduce y profundiza aquellos que ya tienen en virtud del hecho primero.²⁸⁸ El resultado sesgado es producto del dato sesgado que le dio origen.

²⁸⁶ O’Neill, C., *Armas de destrucción matemática*, Madrid, Capitán Swing Libros, 2017, p. 31.

²⁸⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas de la ONU, ob. cit., considerando 57.

²⁸⁸ Lavista, J. M., “El riesgo moral en el aprendizaje automático”, en *Algoritmolandia, inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, ob. cit., p. 248.

IV. El punto de encuentro con el Derecho

Hasta aquí hemos desarrollado las nociones principales en busca de comprender qué significa inteligencia artificial. A su vez, también hemos hecho referencia a una de las tantas aplicaciones de los sistemas inteligentes, la robótica.

Con este mismo rumbo, surge la obligación de recordar que es deber de los operadores del Derecho buscar y encontrar respuestas a problemas, incluso si ellos son potenciales. En otros términos, debemos anticiparnos a ellos por más de que no sean una realidad inmediata en la vida cotidiana del ciudadano común. En este trabajo nos referimos en particular a atender el hipotético jurídico a crearse cuando un robot inteligente con datos sesgados cause tanto un detrimento patrimonial como extrapatrimonial. En caso de provocar un daño generaría responsabilidad civil, de hallarse los restantes elementos que le dan origen. No obstante, y sin entrar en contradicción con los supuestos a estudiar mencionados en las primeras líneas del presente trabajo, comprendemos que el robot autónomo fue el objeto de una relación de consumo ajena –primer supuesto– y propia, segundo supuesto.

Con razón de lo expuesto nosotros en la presente obra entendemos y, en consecuencia, escogemos que para esta hipotética situación jurídica aplicaría la responsabilidad por productos, variando su esfera conforme una serie de factores.

Antes de adentrarnos en el ordenamiento jurídico argentino, pesa sobre nosotros el compromiso de anunciar que no somos pioneros en esta postura. En el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la UE se consigna: “[l]a responsabilidad por daños causados por productos defectuosos –en la que el fabricante de un producto es responsable de un mal funcionamiento– y las normas que rigen la responsabilidad por una actuación que ocasiona daños –en la que el usuario de un producto es responsable de un comportamiento que deriva en un perjuicio– se aplican a los daños ocasionados por los robots o la inteligencia artificial”.²⁸⁹

²⁸⁹ Parlamento Europeo, “Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica”, 27/01/2017, en:

En lo que respecta a nuestro orden interno, la Ley N° 24.240 no hace referencia, en el plano terminológico, a daños causados por productos defectuosos y mucho menos intenta definir qué es un producto y cuándo ostenta tal calidad.²⁹⁰ En igual sentido se expide nuestro Código, que utiliza la misma postura y que sigue idéntica línea en la Sección 7ª, “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”.

No obstante, en lo que respecta a la Ley de Defensa del Consumidor, con la sanción de la reforma mediante Ley N° 24.999 y la incorporación del artículo 40, se ha producido un pequeño avance en el camino recién mencionado. Dicho artículo establece la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa o prestación de servicio, además de fijar la solidaridad de la cadena de comercialización. La norma es aplicable tanto a materia contractual como extracontractual.²⁹¹

Al día de la fecha podemos mencionar, de manera general, que la cuestión se circunscribe a la reparación de diferentes daños causados por el riesgo o vicio de un producto. Estos son: a) aquellos que derivan de la inadecuación del bien a su destino, por defecto de calidad, que conlleva la frustración de las expectativas legítimas que tenía el consumidor en cuanto a su utilización²⁹²; b) derivados de vicios ocultos en el producto al tiempo de su adquisición, que la tornan impropia para su destino y disminuyen su valor y c) los causados a la persona o los bienes del consumidor o de un tercero por el producto defectuoso por deficiencias de seguridad.²⁹³

Entendemos que hay una conexión entre el antes mencionado artículo 40 de la LDC y los artículos 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial. Tanto la mencionada ley como de igual forma el susodicho Código establecen, en lo que respecta a esta materia, un factor de atribución objetivo, ambos circunscribiéndose dentro del riesgo.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html [Consultado el 24/03/2020].

²⁹⁰ Pizarro, R. D., *Tratado de responsabilidad objetiva*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 770.

²⁹¹ Stiglitz, G. y Hernández, C., *Tratado de derecho del consumidor*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 326-327.

²⁹² Pizarro, R. D. y Vallespino, C. G., ob. cit., p. 742.

²⁹³ *Ibídem*, p. 475.

La doctrina mayoritaria –de origen nacional– comprende por riesgo la noción fundada en la teoría del riesgo creado, dejando de lado otras posturas, como aquellas del riesgo beneficio.²⁹⁴ Esta última y con sus distintas posiciones que buscan darle sentido a la principal no son tomadas en consideración. La excepción a lo mencionado es aquella que entiende al riesgo empresa como un factor que no limita la responsabilidad, sino que en sentido opuesto la agrava.

Podemos decir, en consecuencia, que estaremos hablando de riesgo creado cuando quien introduzca un riesgo en la comunidad debe soportar sus consecuencias dañosas: este es el principio, se beneficie o no con este, pues la obligación de reparar el daño no surge del provecho que pueda haber obtenido, cualquiera sea la índole de este, sino de la circunstancia de haber creado el riesgo que ulteriormente produjo el daño.²⁹⁵

Dentro del riesgo o vicio de la cosa quedan comprendidos los defectos de fabricación, de diseño y las deficiencias en las instrucciones.²⁹⁶ Sin embargo, por una cuestión didáctica, primero debemos establecer el objeto que padece el defecto. A saber, tenemos la exigencia de explicar qué comprendemos por producto. En general y a los efectos de esta responsabilidad, se considera producto a toda cosa natural o industrial destinada a la comercialización y en cuyo proceso de creación, desarrollo, transformación o preparación para consumo ha intervenido la actividad humana.²⁹⁷

Nosotros aquí planteamos que el robot inteligente sería el producto. Al determinarle tal calidad, podemos prescindir para el análisis de la responsabilidad civil del carácter autónomo de esta categoría de robots. Es decir, este elemento posee un rol trascendental en la generación del daño, ya que es la causa fuente de este; sin embargo, seguimos

²⁹⁴ Borda, Alejandro, *Contexto jurisprudencial y doctrinario del Código Civil y Comercial: Obligaciones y responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 221-222.

²⁹⁵ Mosset Iturraspe, J., “Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado”, en *Estados sobre responsabilidad por daños*, T. I, Buenos Aires, pp. 26-27.

²⁹⁶ Pizarro, R. D. y Vallespino, C. G., ob. cit., p. 484.

²⁹⁷ Boragina, J. C. y Meza, J., “Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos”, en *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 348.

concentrados en que es un objeto mueble apreciable pecuniariamente en el mercado, producto que fue lanzado con un defecto, el cual es una factible vía de producción de daño.

Dando un paso más adelante también cabría la pregunta de qué clase de defecto ostenta. Sin otorgarle mayor trascendencia a su ubicación, en tanto podamos aseverar la existencia de este, por motivos metodológicos nos animamos a sostener que estamos en presencia de un defecto de diseño o fabricación.²⁹⁸

Observaremos este infortunio con la ya mencionada ubicación cuando devenga de una falla humana o mecánica no localizada por los controles de calidad, pero generada durante el proceso de fabricación (o diseño) en sentido estricto o en la fase de controles intermedios o finales.²⁹⁹ Esta clase de bien, antes de salir al mercado, por su particular naturaleza, debe contar con un estado óptimo inicial en lo que corresponde con IA. Es decir, este producto, al poseer IA, cuenta con sus características propias, lo que conlleva que desde el mismo momento en que sale al mercado ostenta autonomía propia y de poseer datos sesgados, sin una posterior intervención de actualización de aquellos –que los suprime–, es un potencial agente generador de daño patrimonial³⁰⁰ o extrapatrimonial.³⁰¹

A su vez, en esta clase de responsabilidad, podremos encontrarnos con una faz contractual como también extracontractual. Aquí nos interesa dejar nuestra postura en claro respecto a la posición que entendemos ocupa el fabricante o programador³⁰² en la órbita de la

²⁹⁸ Nos esforzamos por encontrar un punto intermedio. Como se podrá observar, todavía la doctrina no pudo afianzarse sobre cuál sería el término correcto aplicable a este caso puntual. En tanto, nosotros queremos enfatizar en el accionar del programador que inserta datos sesgados en la IA.

²⁹⁹ Boragina, J. C. y Meza, J., ob. cit., p. 348.

³⁰⁰ Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M., *Responsabilidad por daños: Código Civil y Comercial*, T. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2017, pp. 390-395.

³⁰¹ Calvo, C., *Derecho de las obligaciones; Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, vol. II, 2010, p. 163.

³⁰² Recordemos que, como se hiciera la aclaración en el pasado, al establecer el marco en el que decidimos trabajar el programador es en lo respectivo a las redes neuronales. Es en estos términos que hablamos de programador. Nosotros buscamos hacer mención a la persona encargada en introducir los datos sesgados. Esa persona es nuestro sujeto.

eventual responsabilidad civil. Nosotros, en el presente, como hiciéramos mención en párrafos anteriores, evaluaremos al sujeto responsable de introducir los datos sesgados en las redes neuronales de la IA. Entendemos a este sujeto como programador y al defecto con ubicación en la fabricación o diseño.

Resulta de nuestro interés plasmar nuestra posición en ocasión de que, si bien en los tiempos actuales de nuestro país se ha producido una unificación casi total entre las órbitas contractual y extracontractual, dejando casi sin motivo la distinción entre una y otra, destacada doctrina alza la voz en marcar que aquellos efectos no prececeros acarrear gran importancia en este tema. Es decir, sin discutir la existencia o no de las órbitas antes mencionadas, la nueva normativa ha buscado unificar los efectos provenientes de ambas, dejando de lado cientos de ellos. Es aquí donde grandes juristas han venido a destacar que la unificación no fue total³⁰³ y que la diferenciación entre una y otra es deseable en este tema ya que los efectos de la responsabilidad por los productos no se exteriorizan siempre de la misma manera, siendo oportuno distinguir según la cuestión sea emplazada en una u otra órbita.³⁰⁴

No obstante, no debemos olvidarnos de que detrás del Derecho, y con especial énfasis en la responsabilidad civil, hay personas e intereses. El motivo que debe movilizarlos –más allá de atractivas discusiones dogmáticas al hablar de responsabilidad civil– debería ser la reparación del injusto sufrido por la víctima. Es así que podemos encontrar un punto intermedio en esta discusión, al decir que si bien todavía existen diferencias, lo que conlleva a su estudio y aplicación, la unificación logra garantizar que el daño sufrido por la víctima pueda ser reparado, ya sea por el responsable originario o no.

Antes de continuar con el desarrollo de las órbitas que acarrea la responsabilidad civil, estimo adecuado recordar que dentro de nuestro supuesto nos hemos tomado la tarea de indagar en dos situaciones posiblemente venideras. Ellas son: (a) la víctima del daño es una persona o grupo de ellas que no son parte de la relación de consumo –en clave

³⁰³ Un punto para destacar puede ser el artículo 1728 del Código Civil y Comercial en lo que respecta a la previsibilidad contractual.

³⁰⁴ Stiglitz, G. y Hernández, C., *Tratado de derecho del consumidor*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 332.

de base o fuente—, que no adquieren o utilizan bienes como destinatarios finales, sino que únicamente se encuentran expuestas a ellos o a sus consecuencias, y (b) en caso de sí ser consumidores, buscan una reparación integral contra aquella entidad encargada del diseño o fabricación de las redes neuronales con datos sesgados, entendidas en términos de no vendedores.

Retomando nuestro camino, la responsabilidad contractual se aplica a los daños derivados de productos cuando existió una relación contractual entre el consumidor damnificado y el empresario demandado.

Vale decir, se trata de los reclamos promovidos contra vendedores. Aquí nos encontraremos con una responsabilidad con origen en el incumplimiento de la obligación de seguridad impuesta por los artículos 5º y 6º de la Ley N° 24.240 y los artículos 9º, 961 y 1061 del Código Civil y Comercial, que nos permitirá interpretar el deber de buena fe.

Como sostiene el gran jurista argentino Ramón Daniel Pizarro³⁰⁵, las distintas circunstancias que hacen a su presencia son: a) cuando el adquirente o el consumidor adquiere el producto defectuoso directamente del proveedor profesional; b) cuando, habiendo una cadena de eslabones en el proceso de comercialización, el adquirente o el consumidor final pretende el resarcimiento de quien contrató con el (vendedor) y, por último, cuando los daños los experimenta un intermediario, que dirige su acción contra quien contractualmente le suministró la cosa.

Aquí, dependiendo de dónde se produzca el daño, podrán existir dos supuestos. El primero es la responsabilidad por daños derivados de lección del interés de prestación del consumidor. El segundo es por daños derivados de la lesión a intereses del cliente o del consumidor, distintos del de prestación, no vinculados al objeto de ese deber primario de prestación (interés de protección). Sobre este último supuesto debemos decir que pesa sobre el proveedor una obligación de seguridad y garantía respecto de la requirente o del consumidor con el que ha contratado, que le impone suministrar productos que no causen daños a este último en su persona o en sus bienes.³⁰⁶ La finalidad de esta es

³⁰⁵ Pizarro, R. D., ob. cit., p.745.

³⁰⁶ Ídem, p. 751.

preservar la indemnidad de las personas y bienes del consumidor, posibilitando así la satisfacción del interés de la prestación.³⁰⁷

Si buscamos respuestas en la Ley N° 24.240, podemos observar una manifestación de dicha obligación con carácter expreso. A su vez resulta de ella, que la mención es de resultado o de fines, donde el deudor garantiza objetivamente un resultado y su sola frustración compromete su responsabilidad, igualmente objetiva, salvo que acredite la presencia de una causa extraña. La antes dicha obligación, con los caracteres mencionados, tiene sustento en el artículo 42 de la Constitución Nacional y, específicamente, en el principio de buena fe y en el orden público de protección que impera en la ley sobre la que trabajamos (arts. 5º, 6º, y 28 *in fine*, y 40 de la Ley N° 24.240, en lo pertinente para este caso).³⁰⁸

El artículo 5º de la Ley N° 24.240 determina que los productos utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no deben presentar peligro para el consumidor. Este establece una tutela genérica, diferenciándose de su sucesor en que determina una específica al fijar que las cosas y los servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para los consumidores deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar su seguridad.

Como sostiene respetada postura doctrinaria, ambos preceptos se conjugan para abastecer el interés de protección del consumidor.³⁰⁹ Producto de esto resulta que toda vez que nos encontremos en el ámbito de una relación de consumo, el proveedor se comprometerá a garantizar ese interés (art. 6º), a través del suministro de bienes que no importen peligro para la salud y seguridad del consumidor (art. 5º).³¹⁰

A su vez, el artículo 40 de la Ley N° 24.240 establece quiénes son los legitimados pasivos si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa; indica que responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto

³⁰⁷ Boragina, J. C. y Meza, J., ob. cit., pp. 245-254.

³⁰⁸ Pizarro, R. D. y Vallespino, C. G., ob. cit., p. 331.

³⁰⁹ Andorno, *Las proyecciones del estatuto de defensa del consumidor en el derecho de daños*, Buenos Aires, 2004, p. 18.

³¹⁰ Boragina, J. C. y Meza, J., ob. cit., p. 352.

su marca en la cosa o servicio. La única causal de liberación, total o parcial, será si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena.

También existe una responsabilidad extracontractual por los daños derivados de productos o servicios, cuando estos sean sufridos por consumidores con los cuales los empresarios no han celebrado una relación contractual previa.

En otros términos, por un lado, nos encontraremos en esta órbita cuando se efectúen reclamos contra fabricantes o importadores, no vendedores del producto en cuestión. Aquí el consumidor busca la reparación del daño sufrido contra algún legitimado pasivo con quien no está ligado por un vínculo contractual. Como mencionara hace instantes, se trata de reclamos llevados a cabo por el consumidor damnificado en los casos en los que no adquirió el producto directamente del fabricante sino de un vendedor-intermediario.³¹¹

A su vez, y como nos explica Pizarro en su *Tratado de la responsabilidad objetiva*, también nos encontraremos en la presente esfera cuando “El damnificado es un tercero extraño a cualquier relación contractual con el productor”³¹², y nos acerca el ejemplo de un automóvil nuevo que experimenta un defecto de fabricación y por ello atropella a un peatón.³¹³ En otras palabras, estamos haciendo referencia a terceros no adquirentes del producto que los daña.

La norma aplicable en la actualidad de la responsabilidad por daños derivados de riesgo o vicio de productos o servicios es la contenida en el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, sin perjuicio de la aplicación del régimen establecido en el Código Civil y Comercial en los artículos 1757, 1758 y 1759, que establece un sistema de responsabilidad objetiva. Recordando lo sostenido más arriba, con el artículo de la LDC, por un lado, estamos fijando la solidaridad de la cadena de comercialización y, por el otro –a la par con los restantes artículos del CCyC–, fijamos un factor de atribución objetivo con clave en el riesgo creado.

³¹¹ Rusconi, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 563.

³¹² Pizarro, R. D., ob. cit., pp. 752-753.

³¹³ Resaltamos y comentamos este ejemplo con razón de que entiendo que resulta didáctico para comprender el supuesto a tratar en la presente obra.

Nos encontraremos en tal órbita –y sin ánimos de sonar repetitivo pero sí con intención de hacer énfasis– cuando el consumidor damnificado reclama una reparación contra algún legitimado pasivo con quien no está ligado por un vínculo contractual (fabricante o importador no vendedor, etc.) o cuando el damnificado es un tercero extraño que no reviste calidad de consumidor con el productor.

Sin embargo, debemos hacer una aclaración de gran importancia respecto a un tratamiento diferenciado que les incumbe. Con relación a la legitimación activa, encontraremos diferencias en tanto nos paremos desde la posición de consumidor o no. Con la reforma introducida con la Ley N° 26.361, y la incorporación de la figura del consumidor expuesto, podríamos no hablar de disparidad en tanto ella trataba precisamente de quien sufre consecuencias a partir de la relación de consumo ajena. Por lo tanto, esta noción en la que entendemos que se busca equipar a un consumidor nos permitiría, en la actualidad, hacer aplicación del artículo 40 de la LDC. Sin embargo, al tiempo de esta obra, aquella concepción no se encuentra en la mencionada norma por la supresión con origen en el Código Civil y Comercial, al excluir como sujeto destinatario de protección al “consumidor expuesto”.

Con razón a lo expuesto, quienes ostenten el carácter de consumidor podrán hacer uso del artículo 40 de la LDF, en tanto quienes se encuentren como un tercero ajeno a la relación de consumo y no formen parte del grupo familiar o social del consumidor³¹⁴, no podrán hacer uso del artículo, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 1757 y 1758.

Como resulta evidente, podemos encontrar ciertos puntos en los que brota la diferencia entre una y otra órbita. No sería erróneo marcar como diferencias los sujetos tolerantes del daño, el sujeto objeto de nuestro reclamo, como así también la existencia o no de un vínculo contractual, etc.

Luego de introducir brevemente los contenidos de una y otra órbita de responsabilidad civil, vale la pena aclarar que nos hemos tomado tal labor ya que existe una posición, dentro de la doctrina, que sostiene la importancia del tratamiento diferenciado en el tema tratado, que

³¹⁴ Se marca una clara diferenciación con los consumidores equiparados y conexos, dejando de lado a los expuestos.

renueva con vital importancia el debate sobre a quién entendemos como sujeto causante en este supuesto jurídico.

Como hemos mencionado anteriormente, nosotros sostenemos que sujeto causante del daño es aquel que introduce los datos sesgados a la red neuronal. Existe una tesis contractualista que funda la relación contractual entre el damnificado y el fabricante no vendedor del producto causante de perjuicio. Nosotros comentamos el inminente análisis visto que entendemos que es un punto de interés para pensar a quién comprendemos como sujeto responsable.

Entre sus fundamentos más destacables se encuentra: a) que la relación entre consumidor damnificado y el fabricante no vendedor es una relación contractual fáctica, producto de conductas sociales de hecho: no existe contrato *strictu sensu*, pero los efectos de la relación son similares, a partir de manifestaciones tácitas de la voluntad: el fabricante ofrece el bien que produce y acepta su responsabilidad al introducirlo al mercado, mientras el consumidor o el usuario acepta la propuesta mediante la adquisición final de este³¹⁵; b) que existe una acción de naturaleza contractual directa del consumidor en relación con el fabricante del producto. Ello porque la fabricación de mercaderías tiene por objetivo su expedición hasta llegar a manos del consumidor, de modo tal que importa una estructura contractual plurilateral integrada por una sucesión de contrato de compraventa, cada uno de los cuales es una parte del fenómeno total de mercaderías.³¹⁶

Quienes se enrolan en esta postura y sostienen la naturaleza contractual de todas las vinculaciones que se presentan con el consumidor a lo largo de la cadena de comercialización sostienen que existe un punto de encuentro con el artículo 40 de la LDC, con motivo de que el mencionado no distingue entre los ámbitos contractual y extracontractual y menciona todos los personajes como responsables de una indemnización única.

³¹⁵ López Cabana, Roberto y Lloveras, Néstor, “La responsabilidad civil del Industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 543.

³¹⁶ Santos González, María, ob. cit., p. 556.

A pesar de lo dicho, nosotros optamos por compartir opinión con la postura mayoritaria de nuestra doctrina, al sostener que la solución más acorde es la de atribuir naturaleza extracontractual a aquellas situaciones en las que no existe un vínculo contractual expreso con el consumidor, desalentando con ello la necesidad de recurrir a ficciones jurídicas. No vislumbramos, a diferencia de destacada doctrina, la materialidad de un vínculo contractual entre el fabricante o programador no vendedor y el consumidor damnificado.

V. Conclusión

Durante el trabajo hemos hecho referencia al deber que reposa sobre los operadores del Derecho, o quienes aspiramos a serlo, y por ello hemos buscado determinar un camino para esta responsabilidad civil para ser entendida como una probable solución.

En lo extenso de la presente hemos desarrollado los conceptos de IA, robot autónomo y la aplicación del primero en el último. Para una mayor comprensión del tema a tratar desarrollamos de manera exhaustiva el procedimiento de aprendizaje que caracteriza a la IA.

A su turno, también hemos descrito el problema que hace al eje de este trabajo, el cual consiste en que de utilizarse datos sesgados con IA obtendremos como resultado un hacer o no hacer que tendrá el carácter de discriminatorio. Asimismo, y en conjunto con la mencionada, hemos trabajado sobre los dos supuestos que hacían a su conformación en total.

Luego, y transitando un camino progresivo, hemos explicado en su sección correspondiente aludiendo a nuestro parecer compartido por documentos internacionales y juristas locales, en tanto fueron utilizados como fuentes de valiosas opiniones doctrinarias como especializadas en el tema, que consideramos que debemos aplicar la responsabilidad por producto defectuoso.

A su vez, y en estrecha relación con los párrafos antes aludidos, interpretamos que el dato sesgado, el cual encuentra su origen en el mercado de consumo a partir de la empresa que introduce el bien al mercado, que tiene como causante del injusto al programador que lo introduce a la IA, debería ser entendido como un defecto de fabricación o diseño conforme las aclaraciones efectuadas en su momento. Si bien es el robot inteligente el que lleva a cabo el hacer o no hacer

daños en virtud de su autonomía, al poseer esta calidad de datos y su inherente limitación, también desarrollada en su momento, no es él el sujeto responsable.

Llegando al final, hemos intentado dejar en claro la postura de que el causante del origen del daño es la persona que introduce los datos sesgados. Además, respecto de ambos supuestos a tratar en la obra, sostuvimos que en una responsabilidad sobre productos defectuosos, nos orientamos por una naturaleza extracontractual. Nos hemos esforzado en desarrollar tanto una como otra órbita, con motivo de que no se encuentra en nosotros el ocultar argumentos opuestos a nuestros pensamientos, solamente impulsándonos en el ideal de quizás poder contribuir al Derecho.

Al fin y al cabo, compartimos las opiniones de nuestra más destacada doctrina en que dichas posibilidades futuras se enrolan en las configuraciones de la órbita extracontractual.

SITUACIONES DEL CONSUMIDOR EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE CONCERTADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. EL CASO DE UBER

María Gabriela Malichio y Vanina Ailén Ríos

I. Introducción

En el año 2010 nació Uber (en adelante, “Uber” o “la Aplicación”), brindando un servicio de transporte de pasajeros en vehículos particulares.³¹⁷ Disponible su descarga para dispositivos Android y IOS, consiguiendo puntuaciones de entre 4 a 4,5 estrellas de un máximo de 5, con buenas reseñas por parte de los usuarios³¹⁸, la Aplicación conecta

³¹⁷ Uber, “Uber: de la innovación a la realidad”, 28/05/2015, en: <https://www.forbes.com.mx/uber-de-la-innovacion-a-la-realidad/> [Consultado el 10/10/2019].

³¹⁸ Apple, en: <https://apps.apple.com/ar/app/uber/id368677368> [Consultado el 23/05/2020]; Google, en: https://play.google.com/store/apps/details?id=com.ubercab&hl=es_AR [Consultado el 23/05/2020]. Otras modalidades son Uber Fleet, dirigida a quienes son propietarios de varios autos y los ofrecen a choferes no propietarios para que colaboren con su fuerza de trabajo y Uber Eats, que apunta al mercado de los repartos a domicilio, rubro en que ya hay marcas representativas y afianzadas en el país como Pedidos Ya, Glovo y Rappi. Uber Eats sugiere a los “socios repartidores” la contratación de un seguro, de cuyo

a conductores con sujetos particulares que disponen de dinero para pagar el servicio de traslado.

Llegó a la Argentina en 2016 y en dos años logró que 35 mil conductores locales se registraran³¹⁹, siendo un 40 % de estos los que obtienen su fuente principal de recursos de la aplicación y un 20 % los que antes de formar parte no obtenían ningún tipo de ingreso.

Las autoridades de Uber plantean su actividad como un servicio de intermediación entre particulares, con necesidades y disponibilidad de bienes concurrente y complementaria.³²⁰ Respecto a esto, Juan Labaqui, Gerente de Comunicaciones para el Cono Sur de la empresa, señaló: “Uber es una empresa de tecnología, no es taxi ni remís, porque conecta a usuarios y socios conductores”.³²¹ Por otro lado, varios gobiernos locales consideran que es un servicio de transporte y debe ser regulado por la legislación de cada jurisdicción.³²²

En medio de esta dicotomía, lo cierto es que a partir de la utilización de esta aplicación se entretejen distintas relaciones con fines comerciales, que generan riesgos y ventajas en la sociedad.

Existe, en principio, un vínculo entre la Aplicación y los conductores, a los cuales la empresa llama “socios conductores”. Por otro lado, se da la relación entre el chofer y los usuarios o sujetos transportados. Este vínculo surge a partir de la contratación del viaje, y se extingue con la finalización de este.

En tercer lugar, encontramos la relación entre los usuarios y la Aplicación. La actividad prestada por Uber ingresa en el mercado y en

abono mensual deberán hacerse cargo, mediante una empresa ofrecida. El objetivo de la aplicación es eximirse de responder ante algún evento desafortunado, como se indica en los términos y condiciones.

³¹⁹ La Política Online, “La Ciudad incorporará 2000 taxistas mujeres y permitirá pagar los viajes con tarjeta”, 27/08/2018, en: <https://www.lapoliticaonline.com/nota/114789-la-ciudad-incorporara-2000-taxistas-mujeres-y-permitira-pagar-los-viajes-con-tarjeta/> [Consultado el 21/04/2019].

³²⁰ Chequeado, “Cuál es la situación de Uber en la Argentina”, 24/10/2018, en: <https://chequeado.com/el-explicador/cual-es-la-situacion-de-uber-en-la-argentina/> [Consultado el 22/04/2020].

³²¹ *Ibídem*.

³²² *Clarín*, “¿Por qué Uber es ilegal en la Ciudad de Buenos Aires?”, 07/08/2019, en: https://www.clarin.com/ciudades/uber-ilegal-ciudad-buenos-aires_o_qcpS8lg1q.amp.html [Consultado el 21/04/2020].

el ámbito de los consumidores de diversas maneras. Podemos hallar a los consumidores expuestos a las prácticas de comercialización (como oferta y publicidad), así como consumidores expuestos ante los riesgos que la actividad de transporte de pasajeros genera. Por otro lado, los usuarios directos que utilizan el servicio o aquellos que simplemente adhieren a la plataforma. En este caso, los consumidores electrónicos deben acceder a los “Términos y Condiciones”³²³ de Uber, que establecen las reglas del sistema y los roles de los choferes, de los usuarios y de la empresa. Como veremos más adelante, a través de este contrato la empresa se deslinda de responsabilidad respecto de la calidad del servicio y las condiciones de la prestación.

En este trabajo nos proponemos analizar la naturaleza de los vínculos en los que ingresan los usuarios, dejando desde ya asentado que estamos en presencia de relaciones de consumo. Atento ello, será necesario analizar cabalmente el modelo negocial planteado por Uber, realizar un encuadre jurídico de los vínculos y verificar el respeto de los derechos de los consumidores.

Lo cierto es que la intempestiva irrupción de este tipo de negocios, involucrando nuevas tecnologías y prestaciones de servicios, genera importantes desafíos, tanto doctrinarios como legislativos y jurisprudenciales. De hecho, en todo el mundo, la mayoría de los países encuentran dificultades para hallar el marco regulatorio adecuado.³²⁴ Veremos cuál es el encuadre existente para esta actividad en el Derecho Administrativo, así como las aristas relacionales desde el punto de vista del Derecho del Consumidor.

³²³ Términos y condiciones, 13/12/2017, en: <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=argentina&lang=es> [Consultado el 21/04/2020].

³²⁴ Rozen, Noguellou y Renders, David, *Uber & Taxis, Comparative Lay Studies*, Bruzelles, Editions Bruylant, 2018, p. 16.

II. Vínculos en el modelo negocial de Uber. El rol de la aplicación

A los fines de desentrañar el entramado relacional que surge a partir de Uber es necesario entender el tipo de negocio con el que nos encontramos. Para esto partiremos del concepto de “economía colaborativa”. Algunas características fundamentales de este modelo negocial son “la existencia de un contacto permanente entre productor y consumidor –hasta el punto de que en muchas ocasiones se fusionan en una única figura–, la conexión entre iguales sobre una base tecnológica, y la colaboración inter-partes”.³²⁵ Así, ingresan al mercado bienes infrautilizados para su mayor explotación por parte de terceros que carecen de ellos, evidenciándose una conducta altruista que reduce costos económicos y ambientales.

Existe en torno a este concepto una mirada que podemos considerar *restrictiva*, según la cual solo pueden recibir esta clasificación las actividades que se realicen sin ánimo de lucro.³²⁶ Por otro lado, existe la mirada *amplia*, que incluye también los negocios que generan un rédito económico³²⁷, como la contratación de servicios o el arrendamiento de bienes.³²⁸

³²⁵ Acceso al Informe, “Informe sobre Economía Colaborativa, Grupo de Políticas Públicas y Regulación, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación y Asociación Española de Ingenieros de Telecomunicaciones”, año de publicación 2016, p. 11, en: <https://www.coit.es/informes/informe-sobre-economia-colaborativa/acceso-al-informe> [Consultado el 08/05/2019].

³²⁶ Esto porque “El conjunto de transacciones se realizan a través del mercado y no implican cambio de propiedad, pero responden a modelos de economía capitalista”. Ver: Plaza Angulo, Juan J.; Patiño Rodríguez, David y Gómez-Álvarez, Díaz Rosario, en “Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico”, en Todolí, Signes y Hernández Bejarano, Macarena (Dir.), *Trabajo en Plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 42.

³²⁷ *Ibidem*, p. 16.

³²⁸ García, Héctor O., “La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas (*ridesharing*) tomando como referencia a la empresa Uber”, *La Ley*, DT 2017, agosto, 1513, Cita Online: AR/DOC/1961/2017, citando a Montero, Pascual (dir.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Valencia,

Así también, en el marco de las economías colaborativas se pueden dar distintos modelos de organizaciones: el modelo “entre pares” (en inglés, *peer-to-peer*, P2P), en los cuales los bienes son compartidos entre particulares y la empresa actúa como intermediaria; el modelo “de negocio a consumidor” (*business-to-consumer*, B2C), donde la empresa proporciona la plataforma y suministra el bien o servicio; y el modelo “de negocio a negocio” (*business-to-business*, B2B), en el que las partes que interactúan son organizaciones empresariales.³²⁹

El servicio prestado por Uber se adapta a algunas de las características de la economía colaborativa, en tanto la fuente del contrato surge de una plataforma digital, existe intermediación en los vínculos, y en la mayoría de los casos se acrecienta el uso de vehículos posiblemente infrutilizados. De todos modos, también existen rasgos de la economía capitalista tradicional, y surgen desigualdades estructurales, excluyendo la idea de un vínculo “entre iguales”. Entonces, podríamos decir que Uber ingresa en este tipo de dinámica comercial si adoptamos una mirada amplia. El modelo de negocio es el de “business to consumer”, de modo tal que la principal actividad de la plataforma electrónica es la organización y prestación de un servicio de transporte de pasajeros contratado por medios electrónicos.

La dinámica de la Aplicación se encasilla dentro de lo que se denomina “crowdsourcing offline local”, lo cual implica “tomar la prestación de un servicio y descentralizarlo hacia un indefinido y generalmente gran número de personas [...]”³³⁰, vinculando a particulares que requieren la prestación de un servicio con personas que están en condiciones de cumplirlo en el lugar y tiempo requeridos, percibiendo igualmente la plataforma un porcentaje del importe abonado por el demandante.³³¹

Tiran lo Blanch, 2017, p. 36.

³²⁹ *Ibidem*, p. 45.

³³⁰ Todolí, Signes, “El trabajador en la Uber Economy, ni dependiente ni autónomo sino todo lo contrario”, en *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, Madrid, N° 25, enero 2017, p. 3; con remisión a Howe, Jeff, *The rise of Crowdsourcing*, Wired, 2006, pp. 176-179, <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>.

³³¹ Gauthier, Gustavo, “Economía compartida, ‘crowdworking’ y Derecho del Trabajo”, en Gauthier, Gustavo (Coord.), *Disrupción, economía compartida y Derecho. Enfoque jurídico multidisciplinario*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 116.

El innovador concepto de “economía colaborativa”, con los avances que la tecnología brinda, nos obliga a tomar una decisión sobre su regulación; ya sea la de no regular la innovación tecnológica de manera específica, la de aplicar una regulación pensada para otro servicio preexistente, o la de regularla mediante una norma específica.³³²

La primera opción nos puede invitar a tener una mirada progresiva en términos económicos, basándonos en el principio de reserva de ley y en otros derechos constitucionales, y dejar actividades como la planteada por Uber librada a la “autorregulación del mercado, a partir de ciertas buenas prácticas y códigos de conducta que protegen a los usuarios y consumidores y que de no ser respetados, harán que baje su reputación digital y dejen de ser elegidos”.³³³

La segunda opción es la de encuadrar la actividad innovadora en regulaciones creadas para servicios preexistentes y análogos. Como analizaremos más adelante, si bien una decisión tal trae algunas soluciones, también genera desventajas que pueden impedir el crecimiento de la actividad en el mercado por dificultar su funcionamiento.

La última alternativa, una regulación específica, invita a un análisis profundo de la infraestructura de la prestación del servicio, considerando las herramientas utilizadas, el acceso a ellas, los términos en la contratación, los riesgos generados, los vínculos entablados y las obligaciones de cada parte. Creemos que este sería el camino más adecuado, en tanto resulta razonable innovar en la regulación y dictar normas que se ajusten a las características del nuevo producto o servicio.³³⁴

Lo cierto es que, en la actualidad, a nivel nacional no existe una regulación específica en los términos establecidos en el párrafo precedente, que se proyecte sobre todos los aspectos que surgen de la actividad en estudio. Esto nos obliga, por el momento, a realizar un “diálogo de fuentes”³³⁵, buscando las regulaciones análogas que impactan sobre

³³² González Rodríguez, Enrique, “El rol de la regulación ante la innovación tecnológica”, *LL*, Sup. Esp. Legal Tech, 5/11/2018, 119, Cita *online*: AR/DOC/2380/2018.

³³³ Clara, Viviana Beatriz Luz, “Plataformas colaborativas de comercio electrónico y resolución de conflictos”, artículo de Doctrina, Astrea Virtual, 2019.

³³⁴ González Rodríguez, Enrique, *ob. cit.*

³³⁵ Ver Castagnola, Yamila; Marhaba, Debora y Orduna, Javier, “Una aproximación al diálogo de fuentes como herramienta hermenéutica del sistema de pro-

las distintas aristas de la actividad, resultando necesario realizar una toma de postura sobre el rol que ocupa cada parte involucrada, así como de las circunstancias y sujetos que deben ser tutelados.

Sobre esto se han dado en el mundo distintas reacciones: muchos países apuntaron a buscar una reglamentación específica, a veces idéntica a las normas aplicables a los taxis; otros utilizaron herramientas para complicar la operatoria de Uber o incluso llegaron a su prohibición.³³⁶

Por nuestra parte, iniciaremos estableciendo cuál es el rol de Uber y de qué se trata en verdad el servicio que ofrece en la sociedad de consumo. Entendemos que la Aplicación surge como transportista o empresario de transporte³³⁷, atento que coordina los recursos humanos y materiales con los cuales se ofrecen a terceros servicios de transporte de personas, a cambio de un precio, tomando la iniciativa y asumiendo los riesgos de la explotación. De este modo, negamos que se dedique únicamente a intermediar vínculos entre particulares.

Sobre este particular, otros países u organismos internacionales se han pronunciado en sentido similar. Así, en el año 2017, el TJUE³³⁸ respondió a la situación que se suscitaba en España, para determinar si los servicios de Uber deben considerarse servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos. El tribunal concluyó que las prestaciones “forman parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de ‘servicio de la

tección al consumidor”, en Barocelli, S. (Dir.), *Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, Proyecto de interés institucional PII502, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Secretaría de Investigación, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, p. 38.

³³⁶ Rozen, Noguellou y Renders, David, ob. cit., p. 14.

³³⁷ Calleja, Martín, *Derecho del transporte*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 56.

³³⁸ TJUE, Gran Sala, 20 de diciembre de 2017, el asunto C-434/15, en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7dof130d5a24bc-1ff52834232a6c6ff2bf08a5894.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNuKeo?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=305279> [Consultado el 10/11/2019].

sociedad de la información” y, más adelante, que “ha de calificarse de ‘servicio en el ámbito de los transportes’”.³³⁹

Por otro lado, en Bruselas, un tribunal consideró que el servicio ofrecido por la plataforma de Uber, apuntando a conectar a conductores privados y a usuarios por medio de una aplicación, resulta asimilable a la definición de servicios de taxis otorgada por la Comisión Europea. De este modo, la actividad es alcanzada por la legislación de transporte de pasajeros y debe contar con licencias.³⁴⁰

En esta actividad, tanto los choferes como los consumidores se encuentran en desventaja en los vínculos que entablan, por lo que proponemos las siguientes articulaciones en el análisis de los marcos legales aplicables en nuestro país:

- Respecto de los choferes, considerando que la Aplicación ofrece de forma vistosa la posibilidad de “asociarse” y no de “trabajar”, quedando equiparado el conductor a un “socio” pero que, así también, se pagan promociones y premios, se establecen requisitos para el ingreso y sanciones a los conductores; todo esto nos lleva a considerar que los choferes son en realidad dependientes de la Aplicación. Así, corresponderá al Derecho del Trabajo regular el vínculo entre los conductores y Uber, analizando los niveles de dependencia y las obligaciones de cada uno, lo cual excede el marco de la presente investigación.

- Por otro lado, respecto de la relación que los consumidores entablan con la Aplicación, será necesario atender a la posición estructural que estos ocupan dentro de la denominada “sociedad de consumo”.³⁴¹ Como nos explica el Dr. Barocelli, en respuesta a la vulnerabilidad estructural de los consumidores, “surge el Derecho del Consumidor, como sistema de normas principiológicas, de orden público; fuente constitucional, con perspectiva de Derechos Humanos de tercera generación, transversal, esencialmente protectorio de los consumidores y usuarios”.³⁴² Considerando que los usuarios de Uber entablan con la plataforma

³³⁹ Ver puntos 40 y 48 de la sentencia.

³⁴⁰ Rozen, Noguellou y Renders, David, ob. cit., p. 79.

³⁴¹ Bauman, Zygmud, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 78.

³⁴² Barocelli, Sergio Sebastián, “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en *Consumidores hipervulnerables*, ob. cit., p. 10.

una relación de consumo en los términos del artículo 3º de la Ley Nº 24.240³⁴³ (LDC), concordante con los artículos 1092 y 1096 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)³⁴⁴, corresponderá al Derecho del Consumidor atender los derechos y obligaciones de cada una de las partes en la esfera privada; debiendo el Derecho Administrativo ocuparse de lo relativo a la legalidad del servicio y las habilitaciones.

III. Rol del Estado y jurisprudencia relacionada

Partiendo de la base establecida *ut supra*, es decir, considerando que Uber es una empresa que por medios electrónicos organiza y presta servicios de transporte privado a pasajeros, nos corresponde analizar cuál es el rol del Estado en la regulación de esta actividad.

Por los riesgos que genera la actividad de Uber y la importante influencia que tiene en la economía, se trata de una actividad de interés general y, como tal, debe ser debidamente regulada por el Estado. Dista de ser un servicio público³⁴⁵ esencial y puro, pero por sus consecuencias en la cotidianidad de los habitantes de la Nación, corresponde la

³⁴³ Ley de Defensa del Consumidor Nº 24.240, 13/10/1993, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm> [Consultado el 08/05/2019].

³⁴⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994, 07/10/2014, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

³⁴⁵ El “servicio público” es “una actividad técnica prestada por la Administración u otros sujetos por concesión de esta, para la satisfacción de una necesidad general de la población, calificada especialmente por la ley con tal condición y, por ende, sujeta a un régimen jurídico de Derecho Público, que exige su prestación en condiciones de generalidad, continuidad, regularidad e igualdad”; García Pullés, Fernando, “Capítulo XIX: El Servicio Público”, en *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015. Los servicios públicos pueden ser prestados directamente por el Estado, por sujetos privados en un sistema de concesiones. González Moras introduce: “la técnica concesional se afirma en su regulación administrativa, como un acto de imperio que autoriza la delegación (por parte del Estado titular y concedente) en un particular (concesionario) de la prestación de una actividad que se ha puesto a cargo del Estado (al ser caracterizada como servicio público) y que asume la forma de un contrato administrativo”. González Moras, Juan Martín, *El Servicio Público como derecho social*, 1ª edición, La Plata, Edulp, 2017.

regulación de los vínculos entablados y el establecimiento de requisitos administrativos para su efectivo control.

El transporte privado de pasajeros genera en la sociedad ventajas y riesgos, y es atento a ello que se realiza mediante autorizaciones o licencias. Según Muñoz Machado³⁴⁶, este tipo de autorizaciones, licencias, arrendamientos, gerencias, son englobados en la doctrina francesa como “delegación de servicio público”, y el Estado como titular de este lo debe regular según los sistemas constitucionales y las necesidades derivadas del sometimiento de estas actividades a las reglas del mercado, buscando mayor eficiencia, calidad y economicidad.

Un servicio de interés general, como es el brindado por Uber, se clasifica como “no esencial”, satisfaciendo la necesidad de transporte, “impropio”, debido a que es prestado por particulares con base en licencias o autorizaciones, “facultativo”, y “uti singuli”, ya que al finalizar el viaje se debe abonar un costo.

De este modo el Estado, como autoridad normativa, está obligado a proporcionar una regulación especial, a realizar un conjunto de controles previos y luego a confirmar si la normativa emanada es aplicada de manera correcta por las empresas y los particulares que lleven adelante los servicios.

Sin embargo, los cambios constantes que trae la utilización masiva de la tecnología generan desafíos de difícil cumplimiento para el aparato estatal, que no llega a regular las distintas modalidades de prestación que surgen. Es lo que sucede con Uber, que parece estar evadiendo la regulación directa por medio de una legislación administrativa clara y especial. Lo cierto es que, a pesar de esto, la actividad desplegada por la Aplicación ha tenido impacto tanto jurisprudencial como legislativamente. En muchos casos se buscó aplicar a este nuevo fenómeno normativas existentes y, en otros, como el caso de Mendoza, se le dio un tratamiento especial.

³⁴⁶ Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y mercado*, Tomo II, “Las Telecomunicaciones”, ob. cit., pp. 216 y 217.

A. El caso de Córdoba

En la provincia de Córdoba, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Segunda Nominación de Córdoba, en los autos “Municipalidad de Córdoba c/ Uber y Otros - Amparo (Ley N° 4.915)”³⁴⁷, encuadró la actividad desplegada por Uber como un servicio público de transporte de pasajeros, asimilándola al transporte prestado por taxímetros o remises, “por la trascendencia pública y el fin de interés público y desarrollo de condiciones de movilidad y transporte masivo que ellos brindan”. De este modo, si bien admitió la regulación del contrato de transporte que brinda el CCyCN, también estableció que corresponde a la Municipalidad regular el aspecto administrativo de la prestación del servicio. En este caso, se ordenó tanto a los responsables de la aplicación como a los potenciales conductores la suspensión de toda actividad, por no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa administrativa (para el caso, la Ordenanza Municipal N° 12.589).

B. Antecedentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se han dado soluciones similares, receptando la regulación del contrato de transporte que brinda el CCyCN respecto del Derecho Privado, pero estableciendo también la necesidad de aplicar normativa del Derecho Administrativo a la actividad. En la Ciudad, el transporte de pasajeros se encuentra regulado por el Código de Tránsito y Transporte³⁴⁸ (Ley N° 2.148), la Ordenanza N° 47.561³⁴⁹, que regula a los remises, y el Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 451).³⁵⁰

³⁴⁷ Expte. N° 8709011 - “Municipalidad de Córdoba c/ UBER y otros - amparo (Ley N° 4.915)” - Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Segunda Nominación de Córdoba - 13/09/2019.

³⁴⁸ Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 05/10/2017, en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/anexos/al2148I.html> [Consultado el 20/06/2019].

³⁴⁹ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ordenanza N° 47.561, 14/04/1994, en: <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/28420> [Consultado el 20/06/2019].

³⁵⁰ Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 451, 02/10/2000,

Respecto de esta actividad, la Ley N° 451 establece multas para aquellos vehículos que la realicen sin contar con autorización de la autoridad competente. Así, por ejemplo, encontramos los artículos 4.1.7 y el 6.1.49, del Anexo I.³⁵¹

A su vez, posteriormente, mediante la Ley N° 6.043 de 2018³⁵², se ampliaron las atribuciones de la Autoridad de Control del Código de Tránsito y Transporte de la CABA, ordenándose en el artículo 5.6.1.b.15 y 16 la retención de licencias cuando un vehículo “preste un servicio de transporte de pasajeros sin el permiso, autorización, concesión, habilitación, o inscripción que la normativa aplicable requiera, sin perjuicio de la sanción pertinente”; y “cuando el conductor de un servicio de transporte de pasajeros preste un servicio para el cual no está habilitado o en infracción al mismo”.

Si bien en las redacciones citadas no aparecen explícitamente reguladas las plataformas electrónicas, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha aplicado este marco normativo en casos en los que se involucra a Uber.

Encontramos así el caso “S. S. V. s/ 6.1.47 - requisitos de los vehículos de transporte de pasajeros”³⁵³, del 27 de junio de 2019, de la Sala I, en el que se acusó a un conductor de realizar transporte de pasajeros sin

en: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley_451_faltas.pdf [Consultado el 20/06/2019].

³⁵¹ Ley N° 451, Anexo I, art. 4.1.7: “Taxis y remises sin autorización. El/la titular o responsable de un servicio de taxis o de remises que lo explote sin la autorización para prestar el servicio establecida por la normativa vigente, es sancionado/a con multa de \$ 500 a \$ 5.000, no admite pago voluntario”; Ley N° 451, Anexo I, art. 6.1.49: “Requisitos de los vehículos de transporte de carga y de pasajeros. El/la titular y/o responsable de un vehículo de transporte de carga y/o de pasajeros, que no cumpla con las normas que regulan los requisitos exigidos a vehículos habilitados para prestar el servicio es sancionado/a con multa de 600 unidades fijas”.

³⁵² Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 6.043, 2018, 08/11/2018, en: <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/444025> [Consultado el 20/06/2019].

³⁵³ Publicado en RDP2019-12, 04/12/2019, 2473 - Cita *online* AR/JUR/20735/2019. Ver, en igual sentido, el fallo “S. G. B. s/ Art. 6.1.47”, del 13/11/2019, Cita *online* AR/JUR/58082/2019.

contar con la autorización requerida. La Defensa argumentó la imposibilidad de obtener autorización o habilitación administrativa para el conductor de Uber, en tanto esta actividad no se encontraba regulada por las normas enumeradas *ut supra*. Frente a esto, el Tribunal respondió que la norma no diferencia los casos en los que existe la posibilidad o no de obtener la correspondiente autorización, sino que, siendo la regulación del tránsito y los medios de transporte de pasajeros en la ciudad una atribución propia del poder de policía, el Código sanciona de manera genérica la realización de la actividad sin habilitación. Textualmente explica: “solo prevé una prohibición general y expresa para el transporte de pasajeros, o de carga, sin habilitación, y ello es así aun cuando aquella autorización se conceda en los supuestos taxativamente previstos en la normativa local, como ocurre en los casos de taxis y remises”.

Otro argumento presentado por la Defensa fue procurar encuadrar la actividad del demandado como un “contrato de transporte de pasajeros”, regulado por el CCyCN, de modo que resultarían inaplicables las normas administrativas invocadas por Estado en la acusación. En respuesta a esto, el Tribunal refirió al artículo 1289 del CCyCN³⁵⁴, según el cual la actividad entre privados debe indefectiblemente llevarse a cabo de conformidad con las respectivas regulaciones administrativas en materia de habilitaciones. Ampliando que, si bien el CCyCN regula lo atinente a las relaciones contractuales y las obligaciones de las partes, lo que corresponde al Derecho Privado, el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA regula lo relacionado con el Derecho Administrativo.

Concluyó el Tribunal determinando que “las únicas posibles formas de transporte de pasajeros en vehículos, habilitadas dentro de la CABA, son las mencionadas en el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA, Ley N° 2.148: remís, taxi o transporte escolar”.

Se manifiesta, en este caso, uno de los problemas que surge al procurar la aplicación de normativa existente para un servicio con una

³⁵⁴ “Art. 1289 CCyCN: Obligaciones del transportista. Son obligaciones del transportista respecto del pasajero: a) proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado; b) trasladarlo al lugar convenido; c) garantizar su seguridad; d) llevar su equipaje”.

modalidad innovadora. Si bien la finalidad del control y la aplicación de las normas es la preservación del orden público, en el caso concreto se torna materialmente imposible la realización de la actividad por no estar expresamente establecido un sistema de habilitaciones para los servicios de transporte de pasajeros contratados por medios electrónicos. Esto denota la urgencia en generar una regulación propicia y especial para posibilitar el desenvolvimiento de la actividad, sin dejar los derechos de trabajadores y consumidores librados al desenvolvimiento del mercado.

C. El caso de Mendoza

La provincia de Mendoza resulta pionera en nuestro país al proveer una legislación específica sobre transporte de pasajeros, que regula de manera pormenorizada la actividad desplegada por Uber. La llamada Ley de Movilidad³⁵⁵ busca regular y traer luz a los desafíos que generan las plataformas de economía colaborativa, a sabiendas de la existencia de estas modalidades contractuales y de la dificultad de realizar los controles pertinentes sin un marco normativo específico.

Sancionada por la Legislatura mendocina el 31 de julio de 2018, esta ley trae novedades al introducir el concepto de “transporte privado por plataforma”, definiéndolo como: “[...] el servicio que con base en el desarrollo de tecnologías de dispositivos móviles, utilizando el sistema de posicionamiento global y plataformas independientes, permite conectar a usuarios que lo demanden, punto a punto, con conductores que ofrecen dicho servicio mediante el uso de la misma aplicación, para celebrar un contrato en los términos del artículo 1280 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, según se trate de un servicio de transporte público o privado, respectivamente”.³⁵⁶

La ley presenta esta modalidad como un servicio de transporte “habilitado”, que podrá realizarse “previa autorización o habilitación de la Autoridad de Aplicación, rigiéndose en cuanto a las condicio-

³⁵⁵ Ley N° 9.086, provincia de Mendoza.

³⁵⁶ Art. 6º, inc. c, Ley N° 9.086, provincia de Mendoza.

nes de prestación por las disposiciones contenidas en esta Ley y su reglamentación”.³⁵⁷

Su regulación específica se encuentra a partir del artículo 52, y se la define como una actividad privada de interés público. Comentamos, a grandes rasgos, los pormenores y avances que esta ley trae.

Para operar se exige que los titulares de los vehículos afectados al servicio soliciten un permiso a la Autoridad de Aplicación (art. 53); los requisitos para esta habilitación son: poseer un vehículo de menos de cinco años de antigüedad, estar registrados en Mendoza, cumplir con las condiciones y prestaciones que exija la reglamentación, y tener capacidad máxima para ocho pasajeros (art. 62).

Además, introduce otro innovador concepto, el de “Empresas de Redes de Transporte”, definiéndolas como “personas jurídicas que promuevan, promocionen o incentiven el uso de tecnologías o aplicaciones propias o de terceros que permitan acceder a los usuarios al Sistema de Transporte por Plataformas Electrónicas mediante un dispositivo móvil que utilice sistema de posicionamiento global”.³⁵⁸ En su artículo 58 establece que estas empresas deben ser habilitadas y que serán el único medio para la contratación de servicios de transporte por plataformas.

Entre las obligaciones de los permisionarios encontramos que deben de mantener el vehículo en condiciones, pasar las verificaciones técnicas periódicas que se le exijan, contar con una póliza todo riesgo que cubra al conductor, terceros y los pasajeros, constituir domicilio en Mendoza y presentarse anualmente frente al ente de aplicación para acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y previsionales propias o del conductor (art. 59). Además, se obliga al conductor a: tener registro de conducir profesional, aceptar viajes solo por la plataforma electrónica, no conducir el vehículo más de ocho horas corridas ni doce fraccionadas, y reunir las condiciones de seguridad que entien- de la Ley de Seguridad Vial N° 9.024 (art. 61).³⁵⁹

³⁵⁷ Art. 9º, Ley N° 9.086, provincia de Mendoza.

³⁵⁸ Art. 54, Ley N° 9.086, provincia de Mendoza.

³⁵⁹ Provincia de Mendoza, Ley de Seguridad Vial N° 9.024, 05/12/2019, en: <https://24x7.cl/WoLr> [Consultado el 21/04/2020].

Por otro lado, la Autoridad de Aplicación podrá limitar la cantidad máxima de vehículos por zona (art. 55) y llevará un registro tanto de los permisionarios como de las plataformas electrónicas habilitadas, como así también deberá sancionar a las plataformas con inhabilitación por dos años o definitiva (art. 64), siendo las causales: a) suspensión voluntaria de la operación de la plataforma independiente por causas imputables al titular durante un plazo mayor de sesenta (60) días y b) ceder, enajenar o de cualquier manera transferir el registro (art. 65).

Son innumerables las ventajas que proporciona esta ley, atento que resuelve cuestiones relativas al registro de las plataformas electrónicas, la estabilidad en el mercado mediante el control de la cantidad de choferes y las zonas de actuación, cuidados de seguridad limitando las jornadas, e identificación y control de los sujetos responsables ante daños mediante los registros, entre otras cuestiones.

Se vislumbra también, en esta regulación, una toma de postura respecto de los roles de los sujetos intervinientes en la contratación. Se puede concluir que los choferes aparecen como trabajadores autónomos, sin relación de dependencia con las plataformas electrónicas, que solo tendrán la función de conectar a transportistas y consumidores, respondiendo tanto el chofer como la plataforma de manera solidaria, ante la Administración Pública sobre la base de las obligaciones que se les imputan.

IV. Derecho aplicable a la contratación

Como ya dijimos, la actividad desplegada por Uber da nacimiento a diversas relaciones de consumo y contamos en nuestro ordenamiento con normas específicas en las que encuadrar lo atinente a los vínculos contractuales y los roles, derechos y deberes de cada una de las partes, en la faz privada.

El diálogo de fuentes resulta el camino más atinado para abarcar las relaciones individuales que surgen de la contratación, invitándonos a analizar los pormenores del contrato de transporte de pasajeros concertado mediante una modalidad especial, como es la contratación electrónica. Para ello analizaremos lo establecido en el CCyCN y en el sistema protectorio de Derecho del Consumidor. Como vamos a ver, la mayoría de las estipulaciones presentes en el CCyCN coinciden con principios y regulaciones que emanan de la LDC.

A. El Derecho del Transporte

El Dr. Calleja define el Derecho del Transporte como el “conjunto de principios y de normas que regulan la infraestructura, el ámbito espacial, los vehículos, los sujetos y las relaciones jurídicas surgidas del hecho técnico del desplazamiento de un punto a otro en el espacio de cosas o personas, en cualquier medio o vehículo, o en ocasión de él y de las responsabilidades que emanan de todos ellos”.³⁶⁰

El Derecho del Transporte abarca los diversos medios de prestación, incluyendo regulaciones especiales para el transporte terrestre, el aéreo, el marítimo, el transporte individual, el masivo o el transporte como servicio público.

Particularmente, el transporte terrestre de pasajeros se encuentra regido por la Ley de Transporte Automotor N° 12.346³⁶¹, junto con su Decreto Reglamentario N° 27.911/1939, y la Ley de Tránsito N° 24.449, junto con su modificatoria, Ley N° 26.363.³⁶²

Entre los aspectos regulados, resulta pertinente destacar que toda normativa debe atender a la infraestructura sobre la que se asientan los servicios de transportes de pasajeros, estando esta integrada por las instalaciones y servicios que la posibilitan, como los caminos, los vehículos, y las operaciones logísticas que permiten su funcionamiento.³⁶³ La logística engloba las operaciones previas y posteriores al traslado de los sujetos, incluyendo los medios utilizados para el contacto previo entre las partes, para el perfeccionamiento del contrato, y las vías de comunicación que se requieran tanto durante el traslado como posteriormente.

³⁶⁰ Calleja, ob. cit., p. 72.

³⁶¹ Ministerio de Obras Públicas, Ley N° 12.346, 21/01/1937, en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37014/norma.htm> [Consultado el 21/04/2020].

³⁶² Tránsito y Seguridad Vial, Ley N° 26.363, 29/04/2008, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/140098/norma.htm> [Consultado el 21/04/2020].

³⁶³ Calleja, ob. cit., p. 76.

B. Diálogos entre el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Defensa del Consumidor

La faz privada del contrato de transporte se encuentra regulada en el Capítulo 7, Título IV, del Libro Tercero del CCyCN sobre Derechos Personales. En una primera Sección encontramos las disposiciones generales, aplicables tanto al transporte de personas como al transporte de cosas y, en la Sección número 2, la regulación especial del Transporte de Personas, desde el artículo 1288 hasta el 1295.

El contrato de transporte de pasajeros aparece definido como aquel en el que una parte, llamada transportista, se obliga a trasladar personas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero, se obliga a pagar un precio. El vínculo comprende las operaciones de embarco, el traslado y las operaciones de desembarco.

El contrato de transporte es no formal, generalmente de adhesión; es un contrato profesional, en tanto el transportista requiere de autorización o habilitaciones especiales y, mayormente, es también un contrato de consumo. Así, la articulación de normas deberá darse también considerando el Título III del Libro Tercero sobre Derechos Personales, que refiere a contratos de consumo, así como la LDC y sus normas modificatorias y complementarias.

El CCyCN establece la obligatoriedad de la oferta al público (art. 1283), debiendo aceptarse los pedidos compatibles con los medios utilizados, con la excepción de que exista un motivo serio para su rechazo. Esta regulación hace eco del artículo 7º de la LDC, referente a la obligatoriedad de la oferta. Son sujetos tutelados tanto los consumidores que contratan como aquellos expuestos a la oferta, integrantes del público receptor. La norma obedece al deber de respetar la dignidad del consumidor, sin proporcionar tratos discriminatorios. Los motivos de rechazo del pedido deberán consistir en “acontecimientos o hechos de significativa y trascendente gravedad que tornen imposible el cumplimiento”³⁶⁴, basándose en criterios razonables.

³⁶⁴ Krieger, Walter (Coord.); Garrido Cordobera, Lidia M. R. (Dir.); Borda, Alejandro (Dir.); Alferillo, Pascual E. (Dir.), *Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, T. II, CABA, Astrea, 2015, p. 560.

A su vez, se establece en el artículo 1284 la obligación del transportista de cumplir con los plazos y horarios pactados, respondiendo esto al principio de protección de los intereses económicos del consumidor, al respeto de su dignidad y de su tiempo.

Sobre la responsabilidad del transportista, se establecen varios criterios para la generación del deber de responder. Por un lado, en las disposiciones generales, el artículo 1286 remite al sistema del artículo 1757, referente a la responsabilidad derivada por el hecho de las cosas y actividades riesgosas. Surge, entonces, una doble fuente de responsabilidad, atento que de los artículos 1289, 1291 y 1293 se desprende también el deber de seguridad respecto de la persona del pasajero y de sus pertenencias. Como se ha dicho, “ambas figuras (la del deber de seguridad y la de la actividad riesgosa) siguen desempeñando papeles esenciales en la fundamentación de la responsabilidad, porque confluyen en una obligación de seguridad, por cierto de resultado, que tiene como fundamento mediato el riesgo creado”.³⁶⁵

Las obligaciones del transportista, enumeradas en el artículo 1289, incluyen las de: a) proveerle al pasajero el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente; b) trasladarlo al lugar convenido; c) garantizar su seguridad; d) llevar su equipaje. El primer punto remite de manera directa a las reglamentaciones administrativas que existan sobre las condiciones de prestación del servicio, lo cual surge de la frase “disponible reglamentariamente”. Las otras obligaciones enumeradas hacen a las condiciones del traslado: deberá realizarse al lugar convenido, en el tiempo convenido, respondiendo a la expectativa del consumidor; deberá realizarse de manera segura, llevando y cuidando también los bienes del pasajero. Esta regulación dialoga con el artículo 5° de la LDC, que protege la salud e integridad física de los consumidores.

Son también importantes la extensión de la responsabilidad del artículo 1291, abarcando tanto los plazos y el destino como a los siniestros que afecten a la persona del pasajero o a sus cosas; y la consideración de las cláusulas limitativas de responsabilidad por muerte o daños corporales, como cláusulas no escritas.

³⁶⁵ Clusellas, Gabriel, *Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, T. IV, CABA, Astrea, 2015, p. 537.

Los lineamientos atinentes a la regulación del contrato de transporte, precedentemente enumerados, resultan ser los más relevantes a los fines de este trabajo. En el análisis de los servicios de Uber, sin embargo, nos corresponde ir más allá, atento a que nos encontramos con un contrato de consumo celebrado por medios electrónicos.

El contrato electrónico es aquel celebrado y cumplido, ya sea total como parcialmente, por medios digitales.³⁶⁶ Es decir que puede darse su celebración total o parcial expresando la voluntad en el medio digital y brindando en el mismo medio el consentimiento, así como se puede tratar de prestaciones que se cumplan tanto en el entorno digital como en el entorno físico. En el caso de Uber, el contrato se perfecciona a través del funcionamiento de la aplicación, en distintos momentos, según las prestaciones requeridas. La primera manifestación de voluntad de los consumidores se da al adherir a los Términos y Condiciones de la aplicación, brindando su asentimiento para acceder a los datos y prestaciones que esta ofrece. Esto incluye la información sobre los conductores, la disponibilidad de choferes cercanos a la zona en la que se encuentra el usuario, las puntuaciones de los conductores, las rutas disponibles para llegar a destino, el precio ofertado para cada viaje requerido, entre otros aspectos. Por otro lado, el consumidor nuevamente brinda su asentimiento por medios electrónicos cuando contrata un viaje que le es ofrecido tras su solicitud. Luego, se cumple con las prestaciones de manera presencial, al brindarse el servicio de transporte.

Esta dinámica contractual nos ubica en el artículo 33 de la LDC, en el supuesto de venta por medios electrónicos, concordante con el artículo 1105 del CCyCN. En esta modalidad se agravan los deberes del proveedor, atento a que, como se desprende del artículo 1107 del CCyCN, la información que debe brindar no será solo sobre el bien o servicio que presta, sino que deberá incluir la facultad de revocar y los datos necesarios para que el consumidor pueda usar correctamente el medio elegido, comprendiendo los riesgos que implica, así como los roles de cada uno en la asunción de dichos riesgos.

Con motivo en las implicancias del contrato celebrado por medios electrónicos, es decir, la distancia con el proveedor, el desconocimien-

³⁶⁶ Lorenzetti, Ricardo L., *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 173 y sigs.

to del medio empleado, al consumidor electrónico se le reconoce el denominado “derecho de arrepentimiento”, regulado en el artículo 34 de la LDC y en los artículos 1110 y siguientes del CCyCN. Consiste en la posibilidad de revocar la aceptación brindada en el plazo de los diez días desde la celebración del contrato, debiendo el proveedor informar sobre este derecho al consumidor antes del perfeccionamiento del contrato. Si el proveedor no lo hiciera, el derecho de revocación no se extingue. Cabe destacar que, conforme establece el artículo 1115 del CCyCN, el ejercicio de esta prerrogativa no puede implicar gasto alguno para el consumidor ni lo obliga a reembolsar ningún monto por la disminución del valor de la cosa. Atento al principio protectorio, se entiende que tampoco debe reembolsar los gastos en los que haya incurrido el proveedor para la entrega del bien o la prestación del servicio.

V. Precarización de los derechos del consumidor

El usuario de Uber, como consumidor electrónico, se enfrenta a ciertos hechos irrevocables que acentúan su debilidad estructural, propia de todo consumidor, convirtiéndolo en un consumidor hipervulnerable.

El Dr. Beltramo y la Dra. Faliero sostienen la hipervulnerabilidad del consumidor electrónico basados en la antinaturalidad del hecho tecnológico, la imposibilidad de cumplir con el deber de información y la potencialidad de daños irreparables.³⁶⁷ El hecho tecnológico tiene un carácter intangible, a la vez que los medios son controlados por los proveedores. Sobre estos medios los sujetos deben ser correctamente instruidos, no bastando en lo atinente a la obligación de información referirse solo a los bienes o servicios, sino debiendo anotar de manera clara al usuario sobre el medio electrónico utilizado.

En el caso, los usuarios de Uber se encuentran expuestos tanto en el entorno digital como en el ámbito de prestación del servicio de transporte. En cuanto al entorno digital, analizaremos lo referente a las formas de expresión del consentimiento del consumidor, la obliga-

³⁶⁷ Beltramo, Andrés N. y Faliero, Johanna C., “El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable”, en Barocelli Sergio Sebastián, *Consumidores hipervulnerables*, ob. cit., pp. 213, 214 y 215.

ción de información en cabeza de la Aplicación y su cumplimiento, la fijación del precio, y los medios de atención al cliente implementados. Respecto de la ejecución del contrato de transporte, desarrollaremos algunos puntos sobre la obligación de seguridad, el cumplimiento de lo pactado por las partes, cómo opera el derecho de arrepentimiento y lo referente a los medios de pago. En nuestro desarrollo veremos cómo las metodologías implementadas por Uber ponen constantemente en jaque los derechos de los consumidores, de modo que, tanto al utilizar la aplicación como al realizar un viaje, se precarizan los derechos del usuario, acentuándose aún más su debilidad estructural.

A. Asentimiento del consumidor

Toda la información a la que acceden los usuarios de Uber consta de lo expuesto en la oferta y publicidad, y en un texto denominado “Términos y Condiciones”, disponible para la lectura de los usuarios al descargar la aplicación. A estos términos se encuentran atados los consumidores, y su aceptación es condición para la utilización de la plataforma.

Al aceptar los términos y condiciones que les son exhibidos antes de poder registrarse, los usuarios prestan su asentimiento y perfeccionan un contrato electrónico en el que prima la unilateralidad y la falta de poder de negociación. Se trata de un contrato de perfeccionamiento en línea, de adhesión a cláusulas generales predisuestas, con una cantidad considerable de cláusulas abusivas y ciertamente carentes de mucha información necesaria sobre la ejecución del contrato de transporte.

Para el análisis de este contrato, es necesario aplicar lo relativo a cláusulas abusivas en contratos de consumo, regulación otorgada por el artículo 1117 y siguientes del CCyCN. A tal efecto, resultan también aplicables los artículos 985 a 988. Las cláusulas deben ser comprensibles y autosuficientes, claras, completas y fácilmente legibles, sin realizar remisiones a otros documentos que no sean facilitados a los consumidores a la hora de celebrar el contrato.

Algunas de las cláusulas por resaltar son las siguientes:

a) En la cláusula 1 encontramos una cláusula de rescisión infundada, estableciéndose la posibilidad de Uber de poner fin inmediato al contrato “en cualquier momento y por cualquier motivo”. Esto habilitaría rescisiones discriminatorias o abusivas.

b) En la misma cláusula se hace alusión a condiciones suplementarias que podrían elaborarse, que no son proporcionadas al consumidor, pero que serán tenidas como parte de los Términos y Condiciones e incluso podrían prevalecer sobre estas.

c) En la cláusula 2 Uber desconoce prestar servicios de transporte y se deslinda de responsabilidad respecto de contenidos que terceros proveedores brinden en el marco de los servicios contratados por medio de la aplicación. De esta manera procura desvincularse de la cadena de comercialización.

d) En la cláusula 4 se trasladan diversos costos al consumidor, al estipular que los cargos por los servicios podrían incluir peajes, cuotas municipales estatales o nacionales, u otros recargos.

e) En la misma cláusula 4 se anoticia al consumidor sobre el incremento de los precios dependiendo de las zonas geográficas y horarios, sin dar especificaciones sobre estos. La Aplicación también se arroga la posibilidad de ofrecer promociones a algunos consumidores y no a otros, seleccionados arbitrariamente, y anuncia la “posibilidad” de que se cobren tasas por cancelación. Asimismo, traslada al consumidor los costos de reparaciones y limpieza en los vehículos en ciertos casos.

f) En la cláusula 5 se ven diversas renunciaciones y limitaciones de responsabilidad. En efecto, Uber no garantiza la fiabilidad, puntualidad, calidad, idoneidad, disponibilidad o regularidad de los servicios solicitados a través de la Aplicación. Traslada el riesgo de los servicios al consumidor, sin garantizar la seguridad ni la habilidad de los choferes. Para más énfasis, se aclara que “puede que (los choferes) no dispongan de la licencia o del permiso profesional”.

g) En la cláusula 6 se establece la aplicación de la legislación de Países Bajos, y el sometimiento a mediación o arbitraje.³⁶⁸ Asimismo, se prorroga la jurisdicción a Ámsterdam, Países Bajos. Todo esto resulta contrario al artículo 1109 del CCyCN, que establece la jurisdicción en el lugar de cumplimiento del contrato de consumo.

Por otro lado, también debemos resaltar que en el documento en análisis no se informa a los consumidores sobre las vías de atención para oír sus reclamos, no se establecen parámetros para tarifar los viajes, no

³⁶⁸ Ambos procedimientos en virtud del Reglamento de Mediación de la CCI y del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

se brindan especificaciones sobre la seguridad de datos personales ni sobre la seguridad personal de los pasajeros o de sus pertenencias, así como tampoco se informa sobre los requisitos exigidos a los choferes para prestar el servicio. La realidad es que, en los hechos, la mayoría de las cláusulas resultan abusivas y en caso de ser declaradas nulas se integraría el contrato conforme a la ley, atento la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores.

B. Derecho a la información

Como hemos detallado, el documento de “Términos y Condiciones” deviene insuficiente y deja por fuera varios temas relevantes sobre la contratación, imprescindibles para dar acabado cumplimiento a la obligación de informar. Para el caso que nos ocupa, resulta pertinente analizar la información brindada sobre el conductor y su idoneidad para transportar, así como lo relativo al precio y las rutas.

La Aplicación ofrece datos sensibles del chofer y, según el blog de la web de Uber³⁶⁹, indica que a la hora de incorporarse, se le solicitaron documentos oficiales a fin de constatar la identidad y de contar con información actualizada, además de examinarse bases de datos gubernamentales. También se informa la solicitud del registro de conductor actualizado y el pedido de una *selfie* de forma periódica para reconocimiento facial.

Respecto del precio y la ruta, ambos son determinados a partir de la utilización de geolocalización. Cuando se ingresan la dirección de origen y la de destino, la Aplicación analiza en el mapa la distancia y los caminos posibles. Selecciona una ruta y sobre la base de ella ofrece un precio que es aceptado o no por el consumidor.

En la realidad, el precio resulta un factor variable, ya que es determinado sobre la base de la ruta, o la cantidad de conductores disponibles en la zona, de modo que la información brindada y consentida puede ser unilateralmente modificada por la Aplicación. Tal es así que, si el conductor varía la ruta, se encuentra con impedimentos en el

³⁶⁹ Google, en: <https://www.uber.com/es-AR/blog/perfil-conductor-uber/> [Consultado el 21/04/2020].

camino sugerido por la Aplicación o debe afrontar el pago de peajes, el precio anteriormente ofertado se modifica y se trasladan los costos al consumidor. Esta es una práctica abusiva, contrariando lo ordenado por el artículo 7º de la LDC en cuanto a la obligatoriedad de la oferta y, además, se informa el cambio en el costo en el momento en el que se da por finalizado el viaje, instantes antes de que se deba realizar el pago, de modo que se priva al consumidor de la posibilidad de decidir o no sobre la aceptación de las condiciones.

La variabilidad en el precio fue un factor de conflicto en el año 2017, en Washington.³⁷⁰ Los conductores tomaron por costumbre el apagar simultáneamente por algunos minutos la Aplicación, de manera que la oferta bajaba y provocaba un aumento del precio. Cuando el valor aparecía lo suficientemente alto, los choferes volvían a estar disponibles para tomar los viajes a este nuevo valor. Uber detectó este “engaño al sistema”, repudió las conductas e incrementó la seguridad de la plataforma.

Es evidente la exposición a riesgos del consumidor, que debe aceptar las reglas que impone la Aplicación en cuanto al desplazamiento y elección de rutas, como así también la escasa información sobre quién es el conductor con el que se hará el viaje, sin garantías sobre su idoneidad.

C. Obligación de seguridad

Las implicancias de la obligación de seguridad tienen su fundamento en la humanidad del consumidor, en la preservación de su dignidad y su salud y, en definitiva, de su vida. Explica Müller que en todo transporte la obligación de seguridad es de resultado, por lo cual la empresa de transporte debe responder objetivamente ante el incumplimiento. Explica asimismo el autor que esta obligación puede estar implícita,

³⁷⁰ *Clarín*, “Los choferes de Uber revelaron cómo manipularon la app para subir tarifa”, 22/05/2019, en: https://www.clarin.com/tecnologia/choferes-uber-revelaron-manipulan-app-subir-tarifa_o_buP6GeWpm.html [Consultado el 21/04/2020].

derivándose del principio de buena fe, puede ser convenida por las partes o bien estar impuesta por la ley.³⁷¹

Para el caso que nos ocupa, el artículo 5º de la LDC coloca en cabeza del proveedor la obligación de suministrar los servicios de forma tal que no expongan a peligro alguno la salud o integridad física de los usuarios. De modo tal que la obligación de seguridad en el contrato de transporte celebrado entre los usuarios y Uber tiene origen legal, es de carácter objetivo y recae enteramente sobre la Aplicación, debiendo responder de manera directa por los daños sufridos en los bienes o la persona del usuario.

La obligación de seguridad se proyecta desde el embarco, incluyendo el traslado, hasta el desembarco del vehículo y se fundamenta, como precedentemente explicamos, tanto en la actividad riesgosa como en el deber de seguridad del proveedor.

Un importante factor que proporciona seguridad está relacionado con la aptitud de los choferes autorizados por Uber para realizar los viajes contratados por los usuarios. Desde el año 2018³⁷², la Aplicación requiere de los conductores que cuenten con licencia de conducir profesional y con la cobertura de seguro adecuada para el transporte de pasajeros.³⁷³

Respecto de los seguros requeridos, la Superintendencia de Seguros de la Nación comprendió la “necesidad de ampliar la gama de coberturas brindadas a los tomadores y/o asegurados en el actual mercado asegurador, en atención a que las nuevas tecnologías han sido adoptadas masivamente por la población”.³⁷⁴

³⁷¹ Müller, Enrique Carlos, “Los daños causados por terceros en el contrato de transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de Daños*, Tomo: 2012, II, Daños en el transporte, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 181, RC D 1136/2014.

³⁷² *Clarín*, “Por qué Uber es legal en Mendoza y no en Buenos Aires”, 25/10/2018, en: https://www.clarin.com/sociedad/uber-oficial-mendoza-buenos-aires_o_qn4pEPE4i.html [Consultado el 21/04/2020].

³⁷³ Uber, “Requisitos de Documentación”, en: <https://help.uber.com/driving-and-delivering/article/requisitos-de-documentaci%C3%B3n?nodeId=7a9d3b87-d4cb-431f-be52-2e3bb69e1b05> [Consultado el 21/04/2020].

³⁷⁴ SSN, Considerandos, Resolución N° 615/2019, SSN (Resol-2019-615-APN-SSN#MHA).

Así, mediante la Resolución N° 615/2019, incorporó a la clasificación de coberturas de riesgos de automotores, la de “Cobertura de Vehículos Automotores Intervinientes en un Servicio Convenido por Intermedio de una Plataforma Tecnológica”.

La norma establece que el asegurador deberá responder en nombre del Tomador y/o Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro, respecto de las lesiones corporales y/o muerte a personas, sean estas transportadas o no transportadas, por daños materiales, y por daños a cosas transportadas. Asimismo, se especifica que se encuentran cubiertas también las operaciones de embarco y de desembarco de los vehículos.

Para no incurrir en reticencia, en los términos del artículo 5° de la Ley N° 17.418, será necesario que el tomador informe al asegurador sobre la finalidad del vehículo. En presencia de este tipo de pólizas, los vehículos utilizados por los choferes de Uber tendrían una doble cobertura, a saber: la cobertura de Responsabilidad Civil hacia Terceros cuando se le dé un uso particular, quedando esta suspendida cuando el vehículo se encuentre prestando servicios de transporte de pasajeros, y activándose “bajo demanda” la nueva póliza incorporada por la Resolución N° 615/2019.³⁷⁵

D. Derecho de arrepentimiento

Desde la Aplicación se dispone que el usuario puede cancelar su viaje en cualquier momento antes de iniciarlo, sea que se le haya asignado un conductor o no. Como ya establecimos, el derecho de revocar la aceptación otorgada se encuentra legalmente garantizado a los consumidores electrónicos. Este derecho debe ser eficazmente informado por el proveedor y, por sobre todas las cosas, sin implicar gasto alguno. Todos los costos en que incurre el proveedor en miras a la prestación del servicio no pueden ser trasladados al consumidor tras la cancelación, ya que es el proveedor que ofrece sus servicios por medios electrónicos quien asume el riesgo por esos gastos.

³⁷⁵ Resolución N° 615/2019, artículo 4°.

La Aplicación, si bien brinda la posibilidad y el mecanismo de cancelación de los viajes contratados, establece que el consumidor que cancele el viaje debe abonar una tarifa, con el fundamento de pagar a los choferes por el tiempo y el esfuerzo que invirtieron en viajar hasta la ubicación del consumidor.³⁷⁶

Desde ya, el cobro por la cancelación del viaje es una práctica abusiva, contraria a derecho. Implica el traslado de costos al consumidor, y un deslinde de responsabilidad por parte de la Aplicación respecto de los medios empleados por los conductores.

Así y todo, no es el único abuso perpetrado respecto de la cancelación de los viajes, ya que también se cobra una tarifa al consumidor si el chofer cancela el viaje tras esperar en el punto de partida. En este caso, la información brindada por Uber respecto de los tiempos es imprecisa y deja al arbitrio del chofer la consideración de la espera, ya que se explica que “después de esperar cierta cantidad de tiempo”³⁷⁷, el chofer puede realizar la cancelación. No se establecen reglas claras para la contratación y realización del viaje, informando de manera precisa los minutos de espera que deben transcurrir para que el chofer pueda cancelar el viaje.

E. Medios de pago

El precio del servicio es fijado por Uber, sin ninguna posibilidad del usuario de negociar con el conductor sobre las formas de pago. Según la página de la Aplicación, los medios posibles son tanto efectivo como tarjeta de crédito.³⁷⁸ En la actualidad, se generan situaciones de desven-

³⁷⁶ Uber, “Cómo cancelar un viaje Uber”, en: <https://help.uber.com/es/riders/article/c%C3%B3mo-cancelar-un-viaje%C2%A0uber?nodeId=56270015-1d1d-4c08-a460-3b94a090de23> [Consultado el 21/04/2020].

³⁷⁷ Uber, “Cómo revisar una tarifa de cancelación”, en: <https://help.uber.com/riders/article/c%C3%B3mo-revisar-una-tarifa-de-cancelaci%C3%B3n?nodeId=6bec690f-ee35-40ba-96ee-c38a8ae796e0>.

³⁷⁸ Uber, “Cómo actualizar el método de pago en la cuenta”, en: <https://help.uber.com/es/riders/article/actualizar-el-m%C3%A9todo-de-pago-en-la-cuenta?nodeId=8f78dca4-9d75-44f1-bdc1-e90ca3da0319> [Consultado el 21/04/2020].

taja para los consumidores, ya que, en la Argentina, Uber no cuenta con un medio de pago local.

Al optarse por el pago en efectivo, se debe abonar al conductor el costo en pesos argentinos, tras la llegada a destino. Respecto del sistema de tarjetas de crédito, Uber opera con sus filiales en el exterior, de modo que no son aceptadas tarjetas nacionales sino internacionales. Así, al optarse por este medio, se ingresa la tarjeta en el sistema de la Aplicación, y se pagan los viajes en dólares con el vencimiento mensual.

Como ya referimos, el principal problema para los usuarios es que Uber no cuenta con un medio de pago local, de modo que, al abonar con tarjeta de crédito, el cobro en moneda extranjera podría conllevar la aplicación de impuestos o tasas, resultando esto en valores distintos al que se determinó cuando se aceptó el viaje.

Sobre el derecho aplicable a estos casos, en un primer momento, optando el consumidor por el pago con tarjeta de crédito, se aplicaría el artículo 31 de la Ley N° 25.065³⁷⁹, en el que los cobros pueden ser cancelados al momento del pago del resumen con moneda extranjera o la de curso legal en el territorio al precio fijado por el Banco Central, pero aquellas que son en un solo pago no se verían afectadas por estos cambios de precios según el artículo 1° de la Resolución N° 51-E/2017³⁸⁰ de la Secretaría de Comercio.

Pero en el artículo 39, inciso A, de la Ley N° 27.541³⁸¹, se fija que la alícuota sea del treinta por ciento (30 %), que luego se bajó al (8 %) para operaciones de servicios digitales según el artículo 10 de la Resolución General (AFIP) N° 4.240³⁸², que se aplica respecto al IVA en operacio-

³⁷⁹ Ley de Tarjetas de Crédito, Ley N° 25.065, 09/01/1999, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/55556/texact.htm> [Consultado el 21/04/2020].

³⁸⁰ Resolución E N° 51/2017, Secretaría de Comercio, 20/01/2017, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=271185> [Consultado el 23/05/2020].

³⁸¹ Ley de Emergencia Económica N° 27.541, 23/12/2019, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333564/norma.htm> [Consultado el 23/05/2020].

³⁸² Resolución General AFIP N° 4.240/2018, 11/05/2018, en: http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/REAGo1004240_2018_05_11 [Consultado el 23/05/2020].

nes expresadas en moneda extranjera, efectuándose la conversión a su equivalente en moneda local, aplicando el tipo de cambio vendedor que, para la moneda de que se trate, fije el Banco de la Nación Argentina al cierre del último día hábil inmediato anterior a la fecha de emisión del resumen, liquidación y/o factura o documento equivalente.

Para detectar los consumos de servicios digitales, los emisores de tarjetas de crédito, débito, compra, entre otros medios de pago, están identificando a los servicios digitales en función de la Resolución General (AFIP) N° 4.240 que se aplica respecto al IVA.

Por fuera de lo que la normativa especial puede alcanzar, sucede en la realidad que, al requerir un traslado a través de la Aplicación, el chofer consulta por chat interno al consumidor si va a abonar en efectivo o con tarjeta y, en caso de que pague por la segunda opción, el conductor anula el viaje. Esto sucede porque al recibir el pago en efectivo, la comisión que se debe pagar a la plataforma queda “a cuenta” y, por el contrario, cuando el consumidor abona con tarjeta, la Aplicación realiza los descuentos pertinentes de la “deuda” que posea el conductor. Esto implica, desde ya, un trato discriminatorio e indigno.³⁸³

F. Atención al consumidor y vías de reclamo

Las redes sociales son el lugar, hoy en día, donde se realizan muchos reclamos por la fuerte presencia de la omnicanalidad, definida como la forma de poner a disposición varios canales digitales distintos de atención para que el consumidor opte por el que le inspire más confianza o considere más simple de utilizar. En el caso de Uber, la Aplicación brinda soporte a través de sus cuentas verificadas en Instagram, Twitter o Facebook, con respuestas automáticas. Esto queda en evidencia ya que si se realiza una pregunta como “¿Sos humano?”, en lugar de responder concretamente, el chatbot pide que se especifique la consulta.

Como toda plataforma *online*, la Aplicación posee en su menú la opción “Ayuda”, que redirecciona a quien hace clic a la página <https://>

³⁸³ Diario *El Sol*, “Uber: choferes cancelan viajes y hay quejas”, 27/12/2019, en: <https://www.elsol.com.ar/uber-choferes-cancelan-viajes-con-tarjeta-y-hay-quejas> [Consultado el 03/02/2020].

help.uber.com³⁸⁴, en la que se categorizan diversas situaciones y se ofrece una respuesta automática; y en el caso que esta no sea lo que busca el consumidor, puede completar un formulario para el contacto de un asesor de la App vía mail.

La Aplicación dispuso oficinas físicas solamente en la localidad de Vicente López, provincia de Buenos Aires, a fin de atender las consultas y los reclamos de sus socios conductores exclusivamente, como así brindar clases de manejo entre otras gestiones, y dispuso un teléfono 0800 para que ante cualquier eventualidad cuenten con soporte especializado.³⁸⁵

En el caso de que la situación sea conflictiva, por ejemplo, conductas inmorales, acoso, violencia por parte del conductor, a la hora de reclamar ante la plataforma, una respuesta automática pide disculpas por lo sucedido, se bloquea la posibilidad de asignación de ese chofer en futuros viajes y se brinda un resarcimiento económico. Hay una gran deshumanización ante situaciones de este calibre, ya que por ese canal solo se brinda al consumidor información de contacto con las fuerzas de seguridad y la justicia, colaborando Uber en la investigación de incidentes y posibles delitos.³⁸⁶

VI. Conclusiones

La presencia de las economías colaborativas es una realidad en nuestro mercado, que impactan en el flujo comercial y traen innegables ventajas económicas. Todo esto debe, necesariamente, ser contrapuesto con

³⁸⁴ Uber, “¿Problemas?”, en: https://help.uber.com/?_ga=2.101674690.2124802150.1574724217-1095973797.1574724217 [Consultado el 21/04/2020].

³⁸⁵ *Clarín*, “Uber abre la primera oficina para choferes en el GBA para evitar conflictos en la Ciudad”, 20/01/2017, en: https://www.clarin.com/ciudades/uber-abre-primera-oficina-choferes-gba-evitar-conflictos-ciudad_o_Hy-Gg2RUg.html [Consultado el 11/02/2020].

³⁸⁶ *La Nación*, “Una pasajera denunció que fue violada por un chofer de Uber”, 15/08/2018, en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/una-pasajera-denuncio-que-fue-violada-por-un-chofer-de-uber-nid2162683> [Consultado el 02/02/2020].

los riesgos generados y, más contundentemente, con los daños provocados a los consumidores.

Los servicios brindados por Uber pueden ser analizados desde diversas perspectivas. Como desarrollamos a lo largo de esta investigación, entendemos que la Aplicación irrumpe como un empresario de transporte, organizando la infraestructura de la prestación del servicio, siendo el principal responsable por las consecuencias que de él emanen. De este modo, no actúa como un mero intermediario electrónico, sino como un prestador directo del transporte.

La llegada de esta modalidad de prestación se dio en un contexto en el que carecemos de una regulación específicamente creada para el caso. Por los impactos de la actividad desplegada y los vínculos entretejidos, es necesario que se apliquen de manera integrativa normativas administrativas y de Derecho del Consumidor.

El problema suscitado en la actualidad, respecto de la reglamentación administrativa, es que esta no se encuentra adaptada a los pormenores de la modalidad implementada, y se excluye en la mayoría de las jurisdicciones una mención expresa a los servicios prestados por medios electrónicos. Ante esto, se realizan diversos análisis y aplicaciones del Derecho existente, lo que en muchos casos ha llevado a la imposibilidad material del desarrollo de la actividad. Es necesario que, al regularse esta materia, se lo haga posibilitando el desenvolvimiento de la actividad ya instalada en el mercado.

Por otro lado, entendemos que la faz privada de esta actividad, es decir, el vínculo entablado entre consumidores y la Aplicación, se encuentra enteramente regulada en los diversos cuerpos normativos analizados. Tanto el CCyCN como la LDC se ocupan de normar lo referente a los derechos y obligaciones de las partes.

Así y todo, atendiendo al análisis realizado sobre los diversos aspectos de los vínculos, vislumbramos la precarización de los consumidores de Uber como una realidad instalada. Se somete a los consumidores a cláusulas abusivas y a prácticas abusivas como: el incumplimiento de la obligación agravada de informar, que para el caso debería incluir lo referido al medio electrónico empleado, los datos e idoneidad de los choferes, la fijación del precio, veracidad sobre medios de pago y las rutas seleccionadas; un deslinde de responsabilidad respecto de la obligación de seguridad del proveedor que, como explicamos, en el caso resulta ser de doble fuente; imposibilidad de ejercer de manera gratuita el derecho de arrepentimiento en la contratación, dándose abusos en

su implementación; información insuficiente o discriminaciones en lo referido a los medios de pago ofrecidos; y deshumanización en los medios de atención y vías de reclamo.

En este contexto, será necesaria la aparición del Estado en sus tres poderes como garante del bienestar general, para revertir con medidas eficientes la posición en la que se encuentran los consumidores. Urge la necesidad de una normativa administrativa específica e, irrevocablemente, la de reconocer al proveedor como tal, exigiéndole el respeto acabado de los derechos reconocidos a los consumidores, para evitar que, respecto de estos, todo el sistema tuitivo se torne en meros enunciados declarativos.

Conclusiones Generales

1. La legislación debe reconocer y garantizar a los consumidores en los entornos digitales un grado de protección que nunca podrá ser inferior al otorgado entre presentes.

2. “Consumidor digital” incluye a cualquier consumidor cuyo contrato, en cualquier etapa del iter contractual, tiene contacto con una TIC.

3. El fundamento de la responsabilidad objetiva propia de las relaciones mediante plataformas digitales se basa en el riesgo de actividad, la protección de la confianza y la conexidad contractual.

4. El rol de organizador del titular de la plataforma se perfila en el diseño del ámbito digital donde se desarrollan las operaciones, el control técnico del funcionamiento de esta, el registro de usuarios, el establecimiento de términos y condiciones, la determinación de modalidades de pago y entrega de bienes, la percepción de comisiones o fijación de tarifas, la gestión de sistemas de calificación y la facultad de disposición de sanciones, entre otras.

5. Los entornos digitales acentúan la vulnerabilidad de los consumidores; constituyen un supuesto de hipervulnerabilidad de los consumidores, por la intangibilidad del hecho tecnológico, el control del medio por los proveedores, la complejidad respecto de la obligación de informar y la exposición a mayores riesgos y daños.

6. Las autoridades públicas deben asumir un rol fundamental en la regulación y el control del entorno digital en pos de la protección de los consumidores, en particular, en lo relativo a la tutela de la información, la confianza y el acceso a vías eficaces de prevención y resolución de conflictos.

Conclusiones particulares

La accesibilidad web como herramienta de inclusión de las personas con discapacidad como usuarios y consumidores

El trato digno a las PCD como consumidores hipervulnerables implica que el Estado implemente a través de políticas públicas todos los apoyos y ajustes necesarios que posibiliten su inclusión, particularmente, en lo vinculado a la accesibilidad digital de páginas web del sector privado dedicados al comercio electrónico, para que adopten los mismos estándares de accesibilidad que los establecidos por la Ley N° 26.653.

Los *smart contracts* y los desafíos que representan para el consentimiento informado del *e-consumer*: contratación inteligente y asentimiento informado

Los contratos inteligentes / *smart contracts*, por sus características intrínsecas, solo pueden verse asentidos por el e-consumidor, y dado lo endeble del asentimiento contractual en dicha tipología, siendo la información requisito de validez insoslayable del consentimiento informado, resulta necesario reforzar la protección del e-consumidor en estos contextos de contratación, dada su mayor vulnerabilidad, lo que requiere de medidas de refuerzo complementarias / mecanismos de *enforcement* del asentimiento informado que habiliten una comprensión dinámica y accesible del funcionamiento y operatoria contractual, propendiéndose con ello a una progresiva regulación en términos de responsabilidad.

La protección del consumidor turista electrónico en el entorno digital

Resulta indispensable desalentar las prácticas abusivas en detrimento de los consumidores turistas electrónicos en el ámbito de las economías colaborativas y plataformas de intermediación, como, por ejemplo, el *geoblocking*. En virtud de ello, resulta indispensable establecer mecanismos de reclamación y compensación para situaciones transfronterizas de los consumidores turistas electrónicos, para lo cual deviene fundamental la cooperación internacional y foros internacionales.

El paciente como consumidor hipervulnerable de los servicios de salud en entornos digitales. Una aproximación a la telemedicina desde el Derecho del Consumidor

El Estado debe promover las herramientas necesarias para implementar una regulación unificada de la telemedicina en protección de los adultos mayores, derribando las barreras jurisdiccionales en salud de cada Estado Provincial, sin privarlos de la tutela diaria de las normas consumeriles.

Inteligencia artificial, robots autónomos y responsabilidad civil

Los fabricantes y diseñadores de robots dotados con IA que poseen datos sesgados son objetivamente responsables por los daños ocasionados a las personas en general.

La confianza en el consumo electrónico

Dado que los sistemas de calificación, fundados en un sistema de confianza distribuida, son una variable relevante de contratación para el consumidor, los proveedores que sean dueños o guardianes de sistemas de calificación y los usen para representar la confiabilidad de un determinado usuario, sea este proveedor o consumidor colaborativo, deben ser objetivamente responsables por la confiabilidad representada del usuario en los términos de la doctrina de los actos propios. En este sentido, se estima que la solución propuesta por el artículo 73 inc. b) del Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor es una solución superadora a la ofrecida por el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor y a la ofrecida por la CSJN en los autos “Rodríguez, Belén c/ Google Inc.”, que fue extrapolada a casos como “Kosten c/ Mercado Libre S.R.L.”, sin tener en cuenta la intervención en los contenidos que pueda hacer el dueño o guardián de los sistemas de calificación en su rol de organizador de sistemas de contratos conexos.

Los niños, niñas y adolescentes como consumidores y usuarios en el entorno digital

La infancia y la adolescencia tienen ciertas vulnerabilidades por su calidad de sujetos en formación que los expone a anzuelos o peligros que son propios de su vida cotidiana pero que también se reproducen en el entorno digital. En ese sentido, entendemos que el ámbito jurídico tiene una deuda pendiente en materia de estudio y análisis de este segmento de consumidores, y que ya se encuentra estudiado

por el *marketing* y la publicidad. Nuestra investigación es un punto de partida para que el Derecho del Consumidor avance en el estudio y la consideración de esta nueva categoría de usuarios y consumidores en red, que son los NNA.

La accesibilidad web como herramienta de inclusión de las personas con discapacidad como usuarios y consumidores

El trato digno a las PCD como consumidores hipervulnerables implica que el Estado implemente a través de políticas públicas todos los apoyos y ajustes necesarios que posibiliten su inclusión, particularmente, en lo vinculado a la accesibilidad digital de páginas web del sector privado dedicados al comercio electrónico, para que adopten los mismos estándares de accesibilidad que los establecidos por la Ley N° 26.653.

Los *smart contracts* y los desafíos que representan para el consentimiento informado del *e-consumer*: contratación inteligente y asentimiento informado

Los contratos inteligentes / *smart contracts*, por sus características intrínsecas, solo pueden verse asentidos por el e-consumidor, y dado lo endeble del asentimiento contractual en dicha tipología, siendo la información requisito de validez insoslayable del consentimiento informado, resulta necesario reforzar la protección del e-consumidor en estos contextos de contratación, dada su mayor vulnerabilidad, lo que requiere de medidas de refuerzo complementarias / mecanismos de *enforcement* del asentimiento informado que habiliten una comprensión dinámica y accesible del funcionamiento y operatoria contractual, propendiéndose con ello a una progresiva regulación en términos de responsabilidad.

Acceso del consumidor o de la consumidora a bienes culturales en el entorno digital

Las autoridades deben promover una regulación que permita a consumidores y usuarios acceder a bienes y servicios culturales, garantizando su accesibilidad en términos equitativos, sin violar por ello el régimen establecido por los derechos de autor.

***Fintech* y la protección al consumidor en el Derecho argentino**

La industria *fintech* trae grandes oportunidades para los consumidores y usuarios. Para maximizar estas ventajas, el Estado deberá brindar un marco normativo adecuado para proteger a los usuarios de prácticas

abusivas y potenciales riesgos asociados a la seguridad de sus datos, haciendo hincapié en la educación financiera, el respeto de la obligación de información y la protección integral de los consumidores y usuarios.

La protección del consumidor turista electrónico en el entorno digital

Resulta indispensable desalentar las prácticas abusivas en detrimento de los consumidores turistas electrónicos en el ámbito de las economías colaborativas y plataformas de intermediación, como, por ejemplo, el *geoblocking*. En virtud de ello, resulta indispensable establecer mecanismos de reclamación y compensación para situaciones transfronterizas de los consumidores turistas electrónicos, para lo cual deviene fundamental la cooperación internacional y foros internacionales.

El camino trazado por Uber en la precarización del usuario

Deviene imprescindible una regulación actualizada en materia de defensa del consumidor tras la irrupción de la contratación de transporte privado de pasajeros por medio de plataformas electrónicas. Se debe enfatizar en el desaliento de prácticas abusivas, la obligación agravada de información, el control administrativo y la defensa de la competencia.

Derecho del Consumidor en el entorno de los juegos en línea

La relevancia que han alcanzado los videojuegos a escala global es una realidad. Los Estados Nacionales deben regular la microeconomía de este nuevo entorno, junto con sus mecanismos para inducir al consumo, desalentando las prácticas abusivas de desarrolladores y proveedores.

El paciente como consumidor hipervulnerable de los servicios de salud en entornos digitales. Una aproximación a la telemedicina desde el Derecho del Consumidor

El Estado debe promover las herramientas necesarias para implementar una regulación unificada de la telemedicina en protección de los adultos mayores, derribando las barreras jurisdiccionales en salud de cada Estado Provincial, sin privarlos de la tutela diaria de las normas consumeriles.

Omnicanalidad: hacia la deshumanización en la atención al cliente

Resulta necesaria la adopción desde el Estado de mecanismos de control hacia las distintas herramientas de Social Media propuestas por las empresas, ya que dejan al descubierto la hipervulnerabilidad

de ciertos colectivos de usuarios y consumidores a la hora de hacer un reclamo u obtener respuesta.

Consumidores inducidos en la era de la “tecnología del consumo”

Los proveedores, a través de una variante infinita de herramientas tecnológicas, se aprovechan de los datos que los usuarios y consumidores aportan a través de sus huellas digitales en internet, permitiendo que se generen perfiles de consumo y, consecuentemente, desarrollan un *marketing agresivo*, ejerciendo una presión psicológica sobre el consumidor, induciéndolo a adquirir bienes y servicios que no son voluntariamente deseados. Ello puede constituir una doble práctica comercial abusiva, por un lado, por la forma en que se obtienen los datos para la generación de perfiles de consumo y, por el otro, por las prácticas comerciales que desarrollan los proveedores para que los consumidores adquieran los bienes y servicios.

Los autores y las autoras

Sergio Sebastián Barocelli

Es Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular Ordinario Derecho Civil III y Derecho Regulatorio del Mercado (USAL). Profesor Adjunto Regular Derecho Civil y Contratos (UBA). Profesor Permanente de Posgrado USAL-UBA-UCA-UNLPam. Investigador Adscripto Instituto Ambrosio L. Gioja (UBA). Miembro de la Mesa Directiva de la Asociación Internacional de Derecho del Consumidor (IACL). Secretario Académico del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor (IADC). Codirector de la Revista Argentina de Derecho del consumidor. Director Nacional de Defensa del Consumidor de Argentina.

sbarocelli@derecho.uba.ar

Natalia E. Torres Santomé

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Derecho con orientación en Derecho Privado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho (CLACSO). Profesora de grado y posgrado. Investigadora.

nataliatorressantome@derecho.uba.ar

Carolina Carina Velardi

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Carrera de Abogacía en la Universidad Católica de La Plata Sede San Martín. Profesora Titular en la materia Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Universidad Católica de la Plata. Profesora Asociada en la materia Derecho Internacional Privado, en la Universidad Católica de la Plata. Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Contratos en la Universidad de Buenos Aires.

velardicarolina@gmail.com

Paula Eugenia Rodríguez

Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la carrera de Abogacía del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Investigadora del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Secretaría de Investigación del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina.

paulaeugeniarodriguez@gmail.com

Ezequiel N. Mendieta

Ezequiel N. Mendieta es abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Es especialista en Derecho de Daños y en Derecho Constitucional —ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— y egresado del Master en Derecho del Consumidor y Economía de la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Se desempeña como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es autor de diversos artículos en materia de derecho civil y de derecho del consumidor en varias revistas jurídicas especializadas, como así también es autor de diversas ponencias en distintos congresos y jornadas de la materia. Es miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, del Comité Internacional de Protección al Consumidor de la International Law Association y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

ezequielmendieta@derecho.uba.ar

Leonardo Romero

Técnico Analista en Recursos Humanos por la Universidad Argentina de la Empresa y estudiante de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Colaborador en el proyecto de investigación DECYT La protección de los consumidores hipervulnerables en entornos digitales.

leonardoromero@gmail.com

Juan Cruz López Guillermon

Abogado en Estudio Jurídico Aresani-Lopez. Ayudante en Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales Wierzba-Boragina (UBA), integrante de distintos proyectos DeCyT y autor de diferentes artículos académicos sobre derecho, género, tecnología e inteligencia artificial.

jclguillermon@gmail.com

Vanina Ailén Ríos

Abogada con orientación en Derecho Privado. Egresada con promedio 8.69 puntos de la Facultad de Derecho (UBA). Docente en la Universidad de Buenos Aires en las materias Derecho Civil y Derecho del Consumidor. Se desempeña como coordinadora del Departamento de Relaciones Internacionales de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

riosvanina@hotmail.com

María Gabriela Malichio

Abogada por la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Administrativo. Ha sido ayudante alumna de la Cátedra Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, Universidad de Buenos Aires. Autora de capítulos en obras colectivas de la especialidad.

mmalich@produccion.gob.ar

Ricardo A. Parra

Abogado (U.B.A.). Doctor en Derecho Privado (U.C.E.S.). Profesor Adjunto de Contratos Civiles y Comerciales; Profesor Adjunto de Deontología (UNLAM); Prof. Titular de Doctorado y Maestría (U.C.E.S.). Profesor de la Maestría de Contratos y Derecho de Daños (USAL); Investigador Adscripto del Instituto Gioja (UBA); Miembro del Instituto de Derecho de Daños (CPACF)

ricardoparra@derecho.uba.ar

Martin Testa

Abogado (U.B.A.). Docente; Investigador en formación; Adscripto del Instituto Gioja; Personal de planta permanente; Alumno regular de los cursos válidos para el Doctorado (Facultad de Derecho, UBA). Miembro del Instituto de Derecho de Daños (CPACF). Secretario de la Comisión de Derecho Animal (AABA).

martintesta@derecho.uba.ar

Secretaría de Investigación
Departamento de Publicaciones

