

COMISIÓN N° 4 DERECHO DE CONSUMO

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

Responsabilidad directa de las plataformas digitales Por María Valentina Aicega	1
Responsabilidad indirecta de las plataformas digitales. Apariencia y <i>quid</i> de sus grados de intervención Por María Valentina Aicega	5
La responsabilidad de los <i>influencers</i> en redes sociales (estudio comparado) Por Esteban Javier Arias Cáu y Jorge Gustavo Tamayo Silva	15
Responsabilidad de los “ <i>influencers</i> ” en entornos digitales Por María Paula Arias y Virginia Dagotto	27
Responsabilidad de las plataformas en entornos digitales Por María Paula Arias	30
Responsabilidad de las plataformas, aplicaciones y sitios en entornos digitales: la configuración de una nueva obligación de seguridad derivada de los tratados internacionales de derechos humanos Por Aldo Marcelo Azar	33
Responsabilidad de las plataformas y de los influenciadores en entornos digitales. Abordaje desde el derecho del consumidor y de las políticas públicas de protección Por S. Sebastián Barocelli	47
Responsabilidad por daños en el uso de plataformas digitales. Un enfoque desde el derecho civil uruguayo y argentino Por Daniel J. Bonino y Nicolás Pallás	57
<i>Influencers</i> , perfilamiento algorítmico e hipervulnerables digitales: un “call to action” a los consumidores Por María Raquel Burgueño y Mariela Paola del Río	74
Defectos en Servicios Digitales y Daños de Consumo 2.0: Una Dogmática para la Economía de Plataformas Por Hernán C. Caravario	90

La responsabilidad de las plataformas puede resolverse con la aplicación del artículo 40 de la L.D.C.

Por **Mariano Lino Churruarin**105

Consumidores, redes sociales e ia: el contrato de servicio y asistencia de inteligencia artificial

Por **Juan Ignacio Cruz Matteri y Fiorella Guadalupe Lezana Divarvaro**..... 118

Naturaleza jurídica del *influencer*: Publicidad y Derecho del Consumidor

Por **Juan Ignacio Cruz Matteri** 128

La responsabilidad civil de los *influencers* frente a los consumidores en los entornos digitales

Por **José Miguel Cruz** 137

Responsabilidad de las plataformas y otros participantes ("*influencers*") en entornos digitales

Por **María Florencia Culasso** 139

Responsabilidad de los *influencers*, con especial atención a los *influencers* denominados virtuales

Por **Virginia Dagotto** 140

Responsabilidad civil de las plataformas de ventas digitales

Por **Ricardo Sebastián Danuzzo y María Susana Zamudio** 142

La responsabilidad solidaria de las plataformas frente a los consumidores y usuarios

Por **Ricardo Sebastián Danuzzo y María Susana Zamudio** 153

Plataformas de comercialización

Por **Esther H. Silvia Ferrer, Paula Noelia Bermejo y Lucía Martínez Lima** 165

La responsabilidad de los "*influencers*" en las relaciones de consumo

Por **Laura Gabriela Fiasche y Sebastián Varni** 172

Reflexiones en torno a la responsabilidad del *influencer*

Por **Carlos Alberto Fossaceca** 181

Responsabilidad solidaria de los "*influencers*"

Por **Juan Franco Carrara** 189

La responsabilidad civil de las plataformas en línea frente a los consumidores Por Sandra Frustagli y Julieta Trivisonno	193
La contratación electrónica a través de plataformas digitales Por Mario César Gianfelici y Florencia Romina Gianfelici	197
El mensaje publicitario de los <i>influencers</i> y la protección del consumidor Por Andrea Imbrogno y Ezequiel Valicenti	202
Vigencia del principio de neutralidad en materia de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico. Reemplazo por el criterio de las obligaciones de medios y de resultado en el ámbito de la responsabilidad obligacional y contractual Por Vanesa S. Jagou	215
Hacia un criterio legal de participación relevante respecto de las plataformas de comercio electrónico Por Vanesa S. Jagou	227
Responsabilidad de las plataformas de intermediación. Igualdad de derechos para los consumidores. Igualdad de responsabilidades para los proveedores. El Derecho vigente y el Derecho proyectado Por Belén Japaze	241
Responsabilidad de casinos, criptocasinos e <i>influencers</i> Por Mario Rodolfo Leal, Marco Rossi y Franco Orellana	250
Responsabilidad de WorldCoin en el escaneo de Iris: perspectivas legales y éticas Por Mario Rodolfo Leal, Marco Rossi y Franco Orellana	260
La función preventiva y resarcitoria aplicada a los buscadores de internet según los parámetros de la Corte Nacional Por Diego Alejandro Lo Giudice	269
Plataformas digitales e <i>influencers</i> : obstáculos y vacíos legales en la publicidad Por Débora Tatiana Marhaba Mezzabotta	285
La responsabilidad de los <i>influencers</i> y de los proveedores vinculados a los mismos Por Tiberio Maximiliano Pardiñas	300

Plataformas de <i>streaming</i> , <i>influencers</i> y deber de información. ¿Existe el deber de transparencia?	
Por Marcelo Nicolás Piccardi	309
<i>Influencers</i> : ¿buenas recomendaciones o formas publicitarias encubiertas?	
Por Graciela Gloria Pinese	324
Regulación de los servicios digitales de intermediación en línea para la defensa de la competencia y los consumidores	
Por José Luis Ramón	341
Los niños, niñas y adolescentes, más que consumidores de productos y servicios digitales	
Por Karina Vanesa Salierno	359
La responsabilidad de los progenitores <i>influencers</i>	
Por Karina Vanesa Salierno	369
Perfiles digitales de la infancia	
Por Karina Vanesa Salierno	378
Responsabilidad parental del progenitor <i>influencer</i>	
Por Carlos Silvero Fernández	390
Consideraciones sobre la publicidad comercial realizada por <i>influencers</i> en redes sociales	
Por Julieta C. Tabares	395
Responsabilidad de las plataformas que operan en los entornos digitales	
Por Ezequiel Valicenti	397

RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Por María Valentina Aicega¹

I. CONCLUSIONES

1. Las plataformas de comercialización de bienes en entornos digitales califican como proveedores respecto de la actividad propia de su objeto o relacionada con ella, siempre que actúen con profesionalidad. A estos efectos, es irrelevante que esa actividad se desarrolle con habitualidad o de manera ocasional, y a título oneroso o gratuito.

2. La calificación como proveedor de las plataformas digitales determina su deber de responder de manera objetiva por sus propios incumplimientos respecto de quien califique como consumidor de sus servicios.

II. FUNDAMENTOS

1. CALIFICACIÓN COMO PROVEEDOR DE LA PLATAFORMA DIGITAL

El proveedor, de acuerdo con el art. 2° de la ley 24.240, “es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”.

El Código Civil y Comercial —con errática técnica— también afronta la caracterización del proveedor en el art. 1093, al tiempo de conceptualizar el contrato de consumo. Dicha norma prevé: “Contrato de

¹ Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Profesora Asociada a cargo de Derecho de los contratos, Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia, y Títulos valores (Universidad Austral). Directora de la Maestría en Derecho Empresario y de la Maestría en Derecho Empresario Global de la Universidad Austral. Profesora invitada en diversos posgrados de universidades argentinas y extranjeras.

consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Los proveedores pueden ser personas humanas o jurídicas, de naturaleza privada o pública. De modo que *a priori* cualquier persona podrá calificar como proveedor.

La significación del vocablo “proveedor” coadyuva al intérprete en la determinación de los alcances de esa posición jurídica. En efecto, según la rectora de la Lengua Española, esa voz apunta a la persona que “provee”, cuya actividad está enderezada a “preparar” (1ª acepción), “suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin” (2ª acepción), inflexiones verbales que permiten cobijar las distintas etapas del circuito económico. El “fin” del proveer en este ámbito está encaminado a la concreción del acto de consumo.

La ley menciona de manera meramente enunciativa algunas actividades destinadas a consumidores (art. 1º, ley 24.240), de modo que no debe dudarse que la referida a la intermediación en la comercialización de bienes —tal como acontece con las plataformas digitales— debe considerarse dentro de ese catálogo.

La nota tipificante en nuestro ordenamiento jurídico es que esa actividad sea desarrollada con profesionalidad². En efecto, la calificación del proveedor en la legislación argentina está clásicamente unida a la profesionalidad en la actividad que se despliega, en el sentido de los especiales conocimientos con los que se la lleva a cabo³. Lo que se requiere es conocimiento del negocio, de modo tal que el proveedor quede colocado en una posición de superioridad respecto de la contraparte⁴. Es decir, se trata de una nota que nos acerca a la condición de “experto”.

² Dentro de la legislación latinoamericana de consumidor, la exigencia de actuación con profesionalidad es una originalidad de la normativa argentina que solo fue seguida por la legislación uruguaya.

³ CHAMATROPULOS, D. Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo I, p. 144.

⁴ CHAMATROPULOS, D. Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo I, p. 144.

Para calificar el accionar de una persona humana o jurídica como “profesional” resulta irrelevante que esa actividad se desarrolle con habitualidad o de modo ocasional. Elocuentemente se señala en doctrina que basta con que la persona humana o jurídica haga de esa actividad su profesión “ocasional”⁵. También es irrelevante que el acto se realice a título gratuito u oneroso.

Es imperioso señalar que el requisito de la profesionalidad, que siempre estuvo correctamente enunciado en el art. 2° de la ley 24.240, sufrió aparentes fisuras con el art. 1093 del Código Civil y Comercial por cuanto al tiempo de ocuparse del proveedor establece que es tal quien “actúe profesional u ocasionalmente”. La utilización de la conjunción disyuntiva “u” podría llevar a pensar que bastaría que la persona realice una actividad esporádica y no profesional destinada al consumo para calificar como proveedor. Creo que tal hermenéutica no sería correcta, pues estaría seriamente reñida con los basamentos que inspiraron a esta disciplina en el ordenamiento jurídico argentino, esto es, la tutela especial de quien no tiene conocimientos especiales (consumidor) frente a quien sí los tiene (proveedor).

En el caso de las plataformas digitales resulta indudable su *expertise* en todo lo relativo a la organización, funcionamiento y mantenimiento del sistema digital de comercialización. Si bien esa particularidad excluiría un supuesto de prestación ocasional, de configurarse en la práctica no sería un obstáculo para el encuadramiento como proveedor.

2. DERIVACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DIRECTA

La plataforma digital puede establecer vínculos jurídicos con cualquier persona humana o jurídica y esta puede calificar como destinatario final (arts. 1°, ley 24.240; 1092, Código Civil y Comercial) o como consumidor expuesto a las denominadas “prácticas comerciales” — información, publicidad, técnicas de marketing, entre otras— (art. 1096, Código Civil y Comercial).

⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1996, p. 473

Si en esas relaciones los consumidores sufrieran daños derivados de incumplimientos de la plataforma digital, la responsabilidad de esta última sería directa (art. 1749, Código Civil y Comercial) y objetiva (arg. arts. 10 bis y 40, ley 24.240).

Téngase presente que en materia de derecho de consumo el factor de atribución de responsabilidad es siempre objetivo. Tal conclusión deriva de lo dispuesto por el art. 10 bis, por cuanto establece que ante su incumplimiento el proveedor solo se libera del deber de responder cuando media ruptura del nexo de causalidad: “salvo caso fortuito o fuerza mayor”. Idéntica es la solución en los casos de daños causados por riesgo o vicio de las cosas, o de la prestación de servicios (art. 40, ley 24.240).

Sin embargo, las hipótesis presentan una matización muy importante. La responsabilidad solidaria —o mejor concurrente— de toda la cadena de comercialización solo se presentaría de existir el factor de atribución “riesgo” (art. 40, ley 24.240); a *contrario sensu*, la responsabilidad sería simplemente mancomunada en los demás supuestos.

RESPONSABILIDAD INDIRECTA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. APARIENCIA Y *QUID* DE SUS GRADOS DE INTERVENCIÓN

Por María Valentina Aicega¹

I. CONCLUSIONES

1. Los alcances de la responsabilidad indirecta de las plataformas que intermedian en la comercialización de bienes en el ámbito del derecho de consumo se deben establecer teniendo como punto de partida la correcta calificación de los distintos vínculos contractuales que se establecen.

2. En la contratación a través de plataformas digitales se celebran –como mínimo– tres contratos que se encuentran conectados entre sí por una teleología común, que excede a las individuales de cada uno de ellos. De esa red de contratos, el que habitualmente presenta distintas configuraciones –que va a tener incidencia en el deber de responder de la plataforma– es el celebrado entre la plataforma digital y el oferente de bienes. Respecto del contrato celebrado entre la plataforma digital y el oferente proveedor se pueden identificar –por lo menos– tres supuestos, que a su vez tienen distintos matices. Las diferencias entre ellos vienen determinadas por el plan de conducta prestacional que asume el operador de la plataforma digital en cada caso según el grado de incidencia que éste tenga en el vínculo que el oferente proveedor entable con el consumidor; a saber: “neutra”, “coadyuvante” o “ineludible”.

3. Como la plataforma digital presta un servicio al oferente-proveedor, se crea la apariencia de su intervención frente al consumidor potencial, independientemente de la intensidad del plan de conducta asumido en esa relación contractual. Por ello, la plataforma tiene que cumplir con el deber de información –de manera cierta, clara, detallada,

¹ Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Profesora Asociada a cargo de Derecho de los contratos, Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia, y Títulos valores (Universidad Austral). Directora de la Maestría en Derecho Empresario y de la Maestría en Derecho Empresario Global de la Universidad Austral. Profesora invitada en diversos posgrados de universidades argentinas y extranjeras.

veraz, y gratuita– impuesto por los arts. 1107, 1100 del Código Civil y Comercial, y 4° de la ley 24.240. Dentro de los límites de su actuación debe informar los denominados “términos y condiciones” que impone para la contratación, y si la adquisición de bienes se realiza a través de la plataforma o el contrato se concluirá por fuera de ella y sin su intervención.

4. La plataforma digital solo deberá responder concurrentemente con el proveedor por la apariencia creada cuando concurren tres recaudos: (i) situación fáctica de entidad suficiente para que se cree la apariencia; (ii) tolerancia –o negligencia– de la plataforma digital ante la actuación del real proveedor como si actuara por aquella; y (iii) confianza razonable del consumidor en esa apariencia gestada. Para evaluar la existencia de apariencia será relevante analizar si se cumplió con el deber de informar los reales alcances de la intervención de cada uno de ellos, tanto por la plataforma digital como por el real proveedor.

5. Si bien la conexidad contractual *per se* no es suficiente para extenderle la responsabilidad en la que incurra el proveedor a la plataforma digital (arg. arts. 1073 a 1075, Código Civil y Comercial), se podría presentar esa hipótesis siempre que concurren los presupuestos del deber de responder civil.

6. En el caso de incidencia “neutra” de la prestación de servicios por parte de la plataforma digital, el vínculo contractual entre el oferente y el demandante se formaliza por fuera de la plataforma. La obligación de la plataforma es de medios, pues consiste en prestar el servicio de anuncios; por ende, su responsabilidad es subjetiva, a título de dolo o culpa (arts. 1721, 1724, Código Civil y Comercial). En tal sentido, como principio, no hay una obligación general de supervisar, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias ilícitos por parte de la plataforma. Basta el desempeño diligente del plan prestacional, sin que exista obligación con relación al resultado de los negocios (art. 774 inc. a), Código Civil y Comercial).

7. En el caso de incidencia “coadyuvante” –en mayor o menor grado– de la prestación de servicios por parte de la plataforma respecto del contrato celebrado entre el proveedor y el consumidor, como intervino en la cadena de comercialización, la responsabilidad de la plataforma será indirecta, concurrente (arg. “en razón de distintas causas, art. 850, Código Civil y Comercial)– y objetiva, con fundamento en el “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta” (arts. 10 bis, 40, ley 24.240). Cuando la plataforma ofrece servicios conexos –evaluación,

calificación, seguros, modalidades de pago— calificará como proveedor y el adquirente como consumidor, por lo que su responsabilidad será directa y objetiva (arts. 10 bis y 40, ley 24.240).

8. En supuestos de incidencia “ineludible” de la prestación de servicios por parte de la plataforma, se activa el deber de responder de esta respecto del consumidor ante incumplimientos del proveedor. Su responsabilidad será indirecta, concurrente y objetiva, con fundamento en el “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta” (arts. 10 bis, 40, ley 24.240).

II. FUNDAMENTOS

1. IMPORTANCIA DE LA CALIFICACIÓN DE LOS VÍNCULOS JURÍDICOS EN LA INTERMEDIACIÓN DE BIENES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Una de las principales cuestiones que plantean las relaciones de consumo en entornos digitales está dada por la intermediación a través de plataformas digitales. En esos casos uno de los problemas que se plantea es si existe responsabilidad por parte de las plataformas ante los incumplimientos del proveedor oferente en aquella y, en su caso, cuál es su alcance².

Esta problemática se hace patente porque no existe una regulación específica al respecto, de manera que cuando no hay contrato de consumo, hay que recurrir a las normas que trae el Código Civil y Comercial para los contratos celebrados por adhesión (arts. 984 a 989) y paritarios, según los casos; y cuando hay contrato de consumo también a las soluciones que establece la ley 24.240, y el Código Civil y Comercial a este respecto.

² En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, se concluyó por unanimidad: “Los sitios web que prestan un servicio de intermediación en el comercio electrónico pueden ser responsabilizados tanto por la deficiente prestación del servicio que brindan (publicidad, calificación de los usuarios, transmisión de la oferta, manejo de la subasta, entre otros) como por el incumplimiento de la obligación principal que asumen sus usuarios vendedores. Pueden ser de aplicación las normas del Código Civil y Comercial que regulan la conexidad contractual”.

No es adecuada la generalización de una respuesta para situaciones jurídicamente disímiles³. Por ello, es central realizar *a priori* una correcta calificación de las relaciones jurídicas que se establecen, pues en cada uno de los contratos la “plataforma” asume distintas obligaciones que requieren de respuestas jurídicas específicas.

2. NIVELES DE INTERVENCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

a) *Necesarias precisiones*

Para encuadrar jurídicamente la comercialización electrónica a través de plataformas digitales es necesario partir de la consideración de que el servicio prestado por las plataformas digitales, que ponen a disposición el espacio para la realización de actos entre terceros, presenta diversos casos con distintos niveles de intervención o participación.

Pueden existir tres relaciones contractuales conexas, incluso celebradas a distancia, que se concluyen con el uso exclusivo de medios electrónicos (arg. arts. 1105 y 980, Código Civil y Comercial), que sean por adhesión a condiciones generales predispuestas, y que –además– califiquen como contratos de consumo cuando las partes encuadran en la caracterización que al respecto traen los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, y 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial.

Dos de esos contratos poseen rasgos homogéneos. Por un lado, el contrato celebrado entre la plataforma y el eventual adquirente. Por el otro, un contrato posterior en el tiempo, que es el celebrado entre el oferente y el demandante, por el cual se adquieren los bienes.

El contrato que presenta distintas configuraciones –que van a tener incidencia en el deber de responder de la plataforma– es el celebrado entre la plataforma digital y el oferente. Respecto de este contrato se pueden identificar –por lo menos– tres supuestos, que a su vez tienen distintos matices.

³ Sin efectuar disquisición alguna, en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 se arribó a la siguiente conclusión unánime: “Puede incluirse en el elenco de actividades riesgosas, entre otras: la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y sistemas operados por inteligencia artificial”.

b) El plan de conducta de la plataforma digital respecto del oferente

Las diferencias de los contratos celebrados entre la plataforma digital y el oferente vienen determinadas por el plan de conducta prestacional que asume el operador de la plataforma en cada caso.

Una primera hipótesis es aquella en la que la incidencia de la prestación de servicios de la plataforma en el negocio que *a posteriori* celebre el oferente de bienes con el adquirente es “neutra”. Es el caso de las plataformas que funcionan exclusivamente como secciones de anuncios, o bien que cuentan con tales secciones.

Otro caso es aquel en que la prestación de servicios de la plataforma es “coadyuvante” –en mayor o menor grado– respecto del contrato que celebran oferente y demandante como, por ejemplo, aquellas plataformas que cobran una comisión si el contrato se celebra, ofrecen servicios conexos como medios de pago, calificaciones, etc.

Finalmente, existe un supuesto en que la incidencia de la prestación de servicios de la plataforma digital será activa o, si se quiere, “ineludible”. Este caso se presenta cuando el operador de la plataforma digital desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, optimizar la presentación de ofertas por motores de búsqueda externos o de otro modo, efectuar recomendaciones, etc.

3. DEBER DE RESPONDER CON FUNDAMENTO EN LA APARIENCIA

Sin perjuicio de lo que se viene analizando, la plataforma podrá responder concurrentemente por la apariencia creada. El proveedor aparente es tal porque actúa ante los consumidores como si lo fuera.

La apariencia despliega un papel preponderante en múltiples planos del Derecho como expresión de la faceta subjetiva atribuida al principio de la buena fe (art. 9º, 729, 961, Código Civil y Comercial) y procura concretar la aspiración de la seguridad dinámica o del tráfico “...que exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer”⁴.

⁴ GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261. La seguridad

Son claras manifestaciones de la protección de la apariencia en el Código Civil y Comercial las preceptivas referidas al representante aparente (art. 367), al acreedor aparente (art. 883 inc. e)], al heredero aparente (arts. 2312 a 2315), a la tutela del adquirente (art. 45, 315) y del subadquirente de buena fe (arts. 337, 340, 392, 1894, 1895, 2260).

La seguridad dinámica que se alcanza al impulso de la tutela de la apariencia supone el sacrificio de la seguridad estática, es decir la clásica seguridad jurídica que conecta con los derechos adquiridos y, en general, con las situaciones jurídicas consolidadas.

Ese sacrificio debe ser justificado, de allí que se impongan ciertos requisitos para que proceda la tutela del consumidor que creyó en la actuación de la plataforma como proveedor aparente. Estos requisitos pueden extraerse de las normas especiales a las que me referiré.

La plataforma digital debe responder por la actuación del proveedor cuando concurren tres recaudos: (i) situación fáctica de entidad suficiente para que se cree la apariencia; (ii) tolerancia –o negligencia– de la plataforma digital ante la actuación del real proveedor como si actuara por aquella; y (iii) confianza razonable del consumidor en esa apariencia gestada. Además, para evaluar la existencia de apariencia, uno de los datos relevantes a analizar es el cumplimiento del deber de información respecto de los reales alcances de la intervención de la plataforma digital respecto del negocio celebrado entre el proveedor y el consumidor.

Zavala Rodríguez previno acerca del rol de la apariencia en la dinámica económica. Señala que “en la empresa moderna la apariencia jurídica (...) ha acentuado su relevancia, al punto de que (...) debe fundarse en el ‘riesgo de la empresa’. La empresa que comercia (...) da ocasión a que los terceros que se ven obligados a contratar con ella, no pueden verificar aspectos formales”⁵.

dinámica es tributaria de los aportes germánicos, cuya denominación debe ser atribuida a Ehremberg, autor de la obra “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” en el año 1903. Véase la edición efectuada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.

⁵ ZAVALA RODRÍGUEZ Carlos J., *Derecho de la empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1971, §134, p. 209.

La consecuencia de que concurren los requisitos que se analizaron es que los actos celebrados por el proveedor real se atribuyan también a la plataforma digital como proveedor aparente.

4. EFECTOS DE LA CONEXIDAD CONTRACTUAL

No hay duda de que la conexidad permite la comunicación de efectos entre contratos distintos, lo que habilita que las vicisitudes a las que se asista en el seno de uno de ellos puedan propagarse a los restantes integrantes de la red (art. 1075, Código Civil y Comercial).

Enfocando la cuestión desde la mirada del deber de responder de la plataforma digital no sería descartable que el incumplimiento del proveedor deba ser soportado por aquella. Empero, se debe tener en cuenta que la conexidad *per se*, tal como está regulada por el Código Civil y Comercial, no implica el deber de responder por los daños causados respecto de todos los que participaron en la cadena de contratos, sino que es menester evaluar en el caso concreto si concurren los presupuestos del deber de reparar⁶.

5. DEBER DE RESPONDER ANTE LA INTERVENCIÓN “NEUTRA”

En el caso de incidencia “neutra” de la prestación de servicios de la plataforma respecto del vínculo jurídico que se establece entre el proveedor-oferente y el consumidor, aquella se limita a prestar el servicio de alojamiento en su sitio web de las ofertas de terceras personas.

El vínculo contractual entre el oferente y el demandante se formaliza por fuera de la plataforma.

La obligación de la plataforma es de medios, pues consiste en prestar el servicio de anuncios; por ende, su responsabilidad es subjetiva, por dolo o culpa (arts. 1721, 1724, Código Civil y Comercial)⁷. En tal sentido, no hay

⁶ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en Sánchez Herrero, Andrés (Director) y Sánchez Herrero, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2da edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo IV, p. 761. Comp. en un sentido restrictivo: NICOLAU, Noemí L., “Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados”, LLGran Cuyo 2021 (junio), p. 7. Comp. con un perfil expansivo: ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 195: “...quienes son parte en los contratos encadenados no resultan ‘verdaderos terceros’...”.

⁷ Para los casos de intervención “neutra”, véase: CNCom., sala D, 22/03/2018, “Kosten, Esteban c/Mercado Libre S.R.L. s/ordinario”, Expte. 34503/2014; CNCom., sala C, 01/10/2019, “Ferrero, Antonio Fabián c/ Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L.”,

una obligación general de supervisar ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias ilícitos por parte de la plataforma. Basta el desempeño diligente del plan prestacional, sin que exista obligación con relación al resultado de los negocios (art. 774 inc. a], Código Civil y Comercial).

Ello es así, claro está, siempre que el operador de la plataforma digital no hubiera tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas, ya que, si ante su conocimiento no actúa con prontitud y retira los avisos, habrá de comprometer su responsabilidad a título de culpa. Con esta orientación, la ignorancia premeditada o culpable de la plataforma equivale a conocimiento efectivo. Corresponde aplicar en estos casos el estándar de responsabilidad fijado para los buscadores de internet por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Belén Rodríguez”⁸ y “Gimbutas”⁹, que sigue en este aspecto la legislación europea.

No es descartable que se configure responsabilidad por apariencia y extensión de la responsabilidad por conexidad contractual, siempre que se configuren los presupuestos desarrollados.

Expte. 7736/2015; CNCom., sala E, 20/12/2019, “Vergara, Graciela Rosa c/Energrou S.A. (Motos del Sur) y otro s/ordinario”, Expte. 11572/2014. Asimismo, un análisis de esa línea jurisprudencial, en TAMBUSI, Carlos E., “Decisiones judiciales referidas al comercio electrónico en la Argentina desde el derecho de consumidores y usuarios”, LEX N° 22, Año XVI, 2018-II, pp. 103 y ss.; y en TRIVISONNO, Julieta B., “Comercio electrónico, responsabilidad y confianza”, SJA 17/10/2018. Ratifica esta posición jurisprudencial que, cuando la intervención “no es neutra” y media relación de consumo, se haya resuelto que la responsabilidad es objetiva y solidaria (CNCom., sala D, 10/8/2023, “C., M. E. c/ Booking.com Argentina S.R.L. y Otro s/ Ordinario”).

⁸ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:1174; ED 260, 176; Sup. Const- 2014 (noviembre), 65 con nota de Christian Alberto Cao; LA LEY 2014-F, 401 con nota de Christian Alberto Cao; RCyS 2014-XII, 76; DFyP 2014 (diciembre), 135 con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY 05/11/2014, 145 con nota de Basterra, Marcela I., Guillermo J. Borda y Carlos Pereira (h.); Pablo A. Palazzi y Fernando Tomeo; DJ 04/02/2015, 7 con notas de Hugo A. Vaninetti, Ezequiel María Zabale y Guillermo Beltramone y Ricardo Ariel González Zünd; RCCyC 2015 (julio), 170.

⁹ CSJN, 12/09/2017, “Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1236; LA LEY 2017-E, 266; LA LEY 2017-E, 320 con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY 2017-E, 388 con nota de Eduardo Molina Quiroga; Sup. Const- 2017 (octubre), 12; LA LEY 2017-E, 655; RCyS 2017-XI, 94; DFyP 2017 (noviembre), 195 con notas de Andrés Gil Domínguez y Eduardo Molina Quiroga; RCyS 2018-I, 45 con nota de Ezequiel Zabale; RCCyC 2018 (febrero), 158.

6. DEBER DE RESPONDER ANTE LA INTERVENCIÓN “COADYUVANTE”

La prestación de servicios de la plataforma es “coadyuvante” –en mayor o menor grado– de la celebración del posterior contrato, por ejemplo, cuando los operadores incluyen secciones en las plataformas que tienen por objetivo la prestación de un servicio de almacenamiento de datos a pedido de un oferente, por el que cobran una remuneración no solo por el anuncio sino también una comisión al oferente cuando se concreta el contrato, e incorporan prestaciones adicionales o conexas –tales como sistemas de reputación o calificación de los oferentes, medios de pago, mecanismos de reclamos, etc.–, que tienen el efecto de generar confianza en los usuarios del sistema y, en definitiva, como objetivo final, atraer cada vez más usuarios.

Si el contrato conexo que se celebra entre el oferente y el demandante es de consumo (arts. 1° y 2°, ley 24.240, y 1092 y 1093, Código Civil y Comercial) la responsabilidad de la plataforma será indirecta y mancomunada “solidaria” –en rigor, concurrente (arg. “en razón de distintas causas”; art. 850, Código Civil y Comercial)–. Esto último es así por su intervención en la cadena de comercialización y el “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta” (art. 40, ley 24.240).

En paralelo, del art. 10 bis de la ley 24.240 se extrae que las obligaciones a cargo del proveedor que oferta como usuario de la plataforma son de resultado, por lo que no puede eximirse mediante la acreditación de su falta de culpa. La responsabilidad tiene naturaleza objetiva. Lo mismo sucederá si el daño producido deriva del vicio o riesgo de la cosa o del servicio prestado (art. 40, ley 24.240). La responsabilidad es objetiva y solo se liberan quienes prueben que la causa del daño les ha sido ajena.

Cuando la plataforma ofrece servicios conexos –evaluación, calificación, seguros, modalidades de pago– y celebra contratos con el consumidor responde por su incumplimiento. La plataforma calificará como proveedor y su responsabilidad directa. En cuanto al factor de atribución, será objetivo o subjetivo, según la naturaleza de las obligaciones comprometidas. Si el contrato que la plataforma celebra con el adquirente

de bienes es de consumo, su responsabilidad será siempre objetiva (arts. 10 bis y 40, ley 24.240)¹⁰.

7. DEBER DE RESPONDER ANTE LA INTERVENCIÓN “INELUDIBLE”

Hay supuestos en los que la intervención de la prestación de servicios de la plataforma es “ineludible”. La plataforma tiene un papel activo respecto del contrato que se celebra entre el oferente y el demandante de bienes, que de una manera u otra le permite adquirir conocimiento o control de los datos almacenados.

Ese rol activo se configura, verbigracia, cuando el operador de la plataforma digital optimiza la presentación de ofertas por motores de búsqueda externos, hace recomendaciones de los bienes y lógicamente también cuando el autor del contenido ilícito actuó bajo la dirección o control del operador del mercado electrónico.

Ante intervenciones ineludibles, la plataforma deberá responder indirectamente por el incumplimiento del proveedor-oferente respecto del adquirente. La responsabilidad será mancomunada “solidaria” –en verdad, concurrente- por la aplicación del art. 40 de la ley 24.240 en virtud del “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta”, y objetiva (arts. 40, 10 bis, ley 24.240).

¹⁰ Véase CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique M. y O. c/Mercado Libre S.A”, JA 2013-I; CApel. Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 11/06/2018, “Mercado Libre SRL c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, La Ley Online, AR/JUR/24534/2018; TS Córdoba, 19/05/2020, “Mercado Libre S.R.L. c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial – recurso apelación c/decisiones de persona jur. pub. no estatal – recurso directo”, Expte. 6765134.

Véase el estudio de TAMBUSSI, Carlos E., “Decisiones judiciales referidas al comercio electrónico en la Argentina desde el derecho de consumidores y usuarios”, LEX N° 22, Año XVI, 2018-II, pp. 103 y ss.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS INFLUENCERS EN REDES SOCIALES (ESTUDIO COMPARADO)

Por Esteban Javier Arias Cau¹ y Jorge Gustavo Tamayo Silva²

I. CONCLUSIONES

De lege data

1. La actividad de los *influencers* es motivo de atención a los órganos reguladores en diferentes países del mundo, en función del impacto que pueden ocasionar en la ciudadanía en general y en los usuarios o consumidores de bienes o servicios en particular, dado el cambio de los hábitos de consumo.

2. El ámbito responsabilizador y las hipótesis fácticas que pueden encuadrar en sus márgenes, puede ser contractual o extracontractual, según que se verifique una obligación preexistente o bien se perfeccione una relación de consumo *lato sensu*.

3. La inexistencia de regulación específica, sin embargo, no es óbice para considerar responsable a las plataformas digitales cuando no realicen algún control de los participantes habilitados para ofrecer bienes o servicios en su carácter de titulares dominiales.

4. Asimismo, los participantes en general como los denominados *influencers* en particular, pueden ser considerados responsables en la medida que el anuncio o aviso publicitario resulte violatorio del trato digno (art. 8 *bis*, LDC) o se incurra en publicidad engañosa o abusiva por discriminatorio (art. 1101, CCyC; art. 8, LDC).

5. Según como se perfeccione la relación de consumo pueden ser responsables, contractual o extracontractualmente, el titular dominial de la plataforma digital, el *influencer* y finalmente la agencia de publicidad

¹ Abogado, por la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Máster en Derecho Empresario, por la Universidad Austral (Argentina). Doctor por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Secretario sede Jujuy, del “Instituto Noroeste” perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: ariascau@gmail.com.

² Abogado, por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador). Máster en Derecho LL.M. con Mención en Derecho de la Empresa, por la Pontificia Universidad Católica (Chile). Abogado Litigante. Correo electrónico: jtamayo@tamayoelc.com

que haya diseñado o participado de la creación intelectual del aviso publicitario.

De lege ferenda

1. El esfuerzo regulatorio español constituye un criterio relevante para comprender, desde un punto de vista netamente jurídico, el concepto del término *influencer*, que tipo de actividades desarrolla y a quienes puede afectar con su labor comercial. El criterio cuantitativo y cualitativo puede ser útil, teniendo en cuenta la zona de influencia (Real Decreto N° 444/24).

2. Una futura regulación debe propiciar la protección de los derechos de los consumidores, especialmente de los niños, niñas y adolescentes (NNyA) como colectivo hipervulnerable tomando en consideración que el comercio electrónico, las redes sociales y la publicidad no conocen de barreras geográficas o políticas y tiene un alcance ilimitado entre los diversos grupos de nuestra sociedad.

3. La necesidad de una regulación técnica se agudiza ante la débil protección normativa que diversos países latinoamericanos ofrecen (como por ejemplo, Ecuador) ante la noción más básica de una publicidad engañosa. La mención residual de la misma no cubre de manera adecuada la problemática, puesto que las sanciones son de mínimas a nulas, generando un escenario de impunidad, cuando los influencers, como vemos en España, son operadores audiovisuales con deberes y obligaciones sujetos a sanciones de alto impacto, pudiendo llegar hasta los cien mil euros.

4. En Argentina el Proyecto de Código de defensa de las y los consumidores, que posee estado parlamentario en el Congreso de la Nación, regula de manera adecuada la responsabilidad de los “Portales de venta, subasta online y otros” (art. 73) y propiciamos su sanción.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

a) Preliminar

Las redes sociales, a partir de la Pandemia Mundial originada por el Covid del año 2020, tomaron mayor relevancia en nuestro mundo con una doble función. Por un lado, como medio de comunicación o información; y, de otro lado, sino también en el comercio internacional en su modalidad

electrónica, y por ende también interesa sobremanera al derecho nacional y comparado.

b) Objeto

La presente ponencia indaga además sobre una problemática actual, como lo es el impacto que ejercen los influencers en la toma de decisiones de los consumidores o usuarios de redes sociales, y que tiene como finalidad la adquisición de bienes o de servicios, con origen de este nuevo modelo publicitario. Así, conviene adelantar que los denominados influencers, si bien en principio no tienen la calidad de proveedores directos de estos bienes o servicios publicitados porque sólo tienen la función de generar o motivar su adquisición, no es menos cierto que poseen deberes y obligaciones para con el usuario de redes sociales (ej. buena fe, trato digno, publicidad engañosa o abusiva).

2. EL IMPACTO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LAS REDES SOCIALES EN EL HÁBITO DE TOMA DE DECISIÓN DEL CONSUMIDOR

a) La era digital

En la actualidad vivimos en una era digital, donde nos vemos influenciados por el uso de la tecnología (en especial por el uso de internet, redes sociales, teléfonos celulares, entre otros), impactando de esta forma nuestros hábitos de consumo de bienes y servicios. Asimismo, las redes sociales han adquirido cada vez mayor relevancia en la forma en cómo se comercian los bienes y los servicios. En particular, la forma en cómo se hace publicidad sobre dichos bienes o servicios ha evolucionado de una manera vertiginosa, pasando de una vía tradicional (anuncios en *banners*, prensa, entre otros) a una vía de constante o continuo consumo de publicidad en nuestro diario vivir.

En efecto, la publicidad a través de redes sociales ha modificado sustancialmente la forma en la que los consumidores adquieren bienes o servicios, recurriendo a la información prácticamente ilimitada que existe en la web como también la lectura de la opinión de otros consumidores, sea incorporados un una plataforma³ digital que actúa como mercado, sea en las

³ Conf., KRIEGER, Walter F., “Contratos de consumo”, en BORDA, Alejandro (dir.), Derecho Civil. Contratos, 1ª edición, 1ª reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2017,

propias plataformas de los proveedores como también por intermedio de la opinión de *influencers* que, de un modo u otro, pretenden direccionar la toma de decisiones. Así, por ejemplo, es habitual verificar las reseñas u opiniones de terceros en dichas redes respecto de un bien o servicio antes de realizar una adquisición⁴.

b) *El comportamiento del consumidor*

El análisis del comportamiento del consumidor, sea desde la teoría económica, sea desde las Neurociencias, sea desde el derecho del consumidor, ha sido motivo de estudio de parte de los especialistas. Empero, la temática se ha modificado a partir del impacto de las plataformas y en particular del uso intensivo de las redes sociales (ej. *Facebook, Instagram, TikTok* etc.). Así, para Emily Pérez⁵ se pueden distinguir tres aspectos principales del impacto que las redes sociales tienen en el comportamiento del consumidor, a saber: 1º) *Económico* en cuya virtud les resultan útiles a las empresas para que conozcan el impacto de las nuevas tendencias de los

pág. 285: “plataformas de servicios de intermediación que propician la celebración de contratos entre usuarios”.

⁴ CORAL, Gabriela; CORELLA, Patricio; MACHADO, Alba y PINTO, Sofía, “Impacto de las redes sociales en el comportamiento del consumidor”, *Revista Dominio de las Ciencias* N° 3, 2023, Vol. N° 9, pág. 594: “Cabe destacar que las plataformas de redes sociales, como Facebook, Instagram, Twitter, entre otras, han alterado fundamentalmente la forma en que los consumidores descubren, evalúan y compran productos. Estas plataformas proporcionan una cantidad casi ilimitada de información y opiniones de los usuarios que pueden influir en las decisiones de compra de un consumidor”. Idem: <http://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/index> (consulta 18/06/24).

⁵ PÉREZ, Emily, *La influencia de las redes sociales en los cambios de comportamiento del consumidor colombiano*. Universidad Militar de Nueva Granada, Bogotá, 2017, pág 5 y sig.: “La relevancia de este análisis abarca tres esferas; en la economía, para que las empresas en Colombia conozcan el impacto de las nuevas tendencias de los consumidores para evitar quedarse rezagados en el mercado. Las empresas de vanguardia han entendido e incorporado a las redes sociales en su quehacer diario de comunicación. En lo social, por que el consumidor tiene diversidad de información respecto de la calidad, cantidad, composición, forma de uso y precio de todos los productos o servicios que se pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, el efecto de las redes sociales pueden llevarlos a conocer más al respecto y así mismo divulgarlos por estos mismos medios. En lo académico, porque se pretende aportar como Gerente (a quien interese), un análisis consolidado del tema de la influencia de las redes sociales en el cambio de comportamiento de los consumidores para aportar a la sociedad un análisis completo de este tema y permita la toma de decisiones al momento de establecer el plan de comunicaciones en las empresas”. Idem: Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/13943> (Consulta 18/06/24).

consumidores y de este modo evitar quedarse rezagados en el mercado; 2º) *Social* porque le permite al consumidor tener acceso rápido a la información respecto de la calidad, cantidad, composición, forma de uso y precio de todos los productos o servicios que se ponen en circulación en el mercado; 3º) *Académico* porque las redes sociales han generado un importante sector de estudio en el ámbito doctrinal y que es interesante para el análisis, desde diferentes puntos de vista.

Esta modificación en los hábitos de consumo reconoce su origen en varios motivos, pero principalmente por el creciente desarrollo del comercio electrónico⁶, que impulsa o genera en los usuarios o consumidores una intención de buscar comodidad o ahorrar tiempo en la compra de bienes o servicios⁷. En este sentido, es sumamente interesante el estudio realizado en China entre los alumnos universitarios de la ciudad de Nanjing, donde el profesor Chen⁸ indica que la publicidad en redes sociales ha provocado un

⁶ STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada, con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 586: “constituido por un intercambio de datos por medios electrónicos relacionados con la actividad comercial habitual del proveedor, como la compraventa de bienes o prestación de servicios, lo que incluye las tratativas (negociaciones) precontractuales y la prosecución de éstas, lo que supone la celebración del contrato y el pago electrónico”.

⁷ MERCADO, Kathya; PÉREZ, Cynthia; CASTRO Luis Y MACÍAS, Adrián, “Estudio Cualitativo sobre el Comportamiento del Consumidor en las Compras en Línea”, *Revista Información Tecnológica* N° 1, La Serena, 2019, Vol. 30, pág. 110: “El imparable desarrollo y expansión de las nuevas tecnologías de la información, en especial en el comercio electrónico ha causado el creciente interés en el comportamiento del consumidor en compras en línea. Asimismo, la sociedad actual demanda más comodidad y menos tiempo en la compra de productos o servicios por Internet, por lo cual, están conscientes que es el medio más rápido para la búsqueda de información y muestra la importancia de que las empresas tengan cada vez más capacitación para mantener una efectiva presencia en Internet”. Idem: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642019000100109> (consulta 18/06/24).

⁸ CHEN, Tian, “El uso de las redes sociales como herramientas de marketing y su impacto en la compra en línea entre los universitarios de la ciudad china de Nanjing, 2020”, *Revista Latina de Comunicación Social*, Madrid, 2022, Nro. 80, pág. 392: “Uno de los términos de Internet más populares en China, el llamado “recomendación de productos online (en chino mandarín: zhòng cǎo)”, es un caso típico: literalmente significa una forma de cultivar hierba de forma artificial. En Internet, significa compartir y recomendar la excelente calidad de un producto para estimular el deseo de compra de los demás. El modelo de marketing tradicional ya no se adapta a las necesidades de la era del consumo de Internet. El modelo de marketing de “plantación de hierba” en las plataformas de redes sociales goza cada vez de mayor respaldo entre los consumidores jóvenes, lo que ha provocado un aumento de la frecuencia de consumo y en el gasto de consumo de los estudiantes universitarios”. Idem: <https://www.doi.org/10.4185/RLCS-2022-1740> (consulta 18/06/24).

aumento de la frecuencia de consumo y en el gasto de consumo de los estudiantes universitarios, lo que claramente demuestra una modificación en nuestros hábitos de consumo. En la misma línea, es sumamente instructivo un estudio realizado en México⁹, el cual arrojó resultados llamativos, dando como resultado que el 94% de los encuestados consideran que las redes sociales influyen en el comportamiento del consumidor.

Por último, no debe perderse de vista la vulnerabilidad intrínseca del consumidor como sujeto de derecho y con el agregado que la modalidad electrónica puede acrecentarla, cuando se tratare de un hipervulnerable¹⁰ (ej. analfabeto tecnológico o informático¹¹), y por eso el legislador incluyó algunas reglas tanto de naturaleza procesal como de fondo para facilitar el cumplimiento del vínculo contractual de consumo.

Sin embargo, la responsabilidad de las plataformas no está clara en la jurisprudencia argentina que la encuadra desde dos puntos de vista

⁹ GALAVIZ, Marisol; MURILLO, Cecilia y AMARILLAS, Priscilia, “Influencia del internet y las redes sociales en el comportamiento de compra de estudiantes universitarios”, *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, Universidad de Sonora, Sonora, 2021, Año 14, Num. 36, pág. 9: “Los resultados obtenidos difieren con los derivados del estudio realizado por Linares (2013), en dicha investigación se concluyó que las redes sociales no influyen de forma significativa de las decisiones de compra de productos y servicios del consumidor, en este estudio se concluye que las redes sociales sí influyen en el comportamiento de compra ya que el 94% de los participantes considera que las plataformas de social media sí influyen en el comportamiento de compra en un nivel de medio a alto”. Idem: DOI<https://doi.org/10.46589/rdiasf.vi36.391> (consulta 18/06/24).

¹⁰ SOZZO, Gonzalo, *Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia. Contratos resilientes*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 81: “Esta vulnerabilidad connatural a todo consumidor por su calidad de tal, presupuesta por el sistema protectorio, hace referencia a lo que podríamos denominar un consumidor promedio, sin dar cuenta de diferentes grupos o sectores de consumidores que por circunstancias particulares encuentran profundizada su vulnerabilidad, llamados usualmente consumidores hipervulnerables, por ejemplo, las personas con discapacidad, las personas adultos mayores, las personas analfabetas, los niños/as y adolescentes, las personas enfermas, las personas pobres e indigentes, etcétera”.

¹¹ TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, 4ª edición, Mc Graw - Hill/Interamericana Editores, México D.F., 2008, pág. 157 y sig.: “Dicha problemática consiste en el desequilibrio notorio existente entre las partes en razón de que, en general, el proveedor de bienes o servicios se vale de sus conocimientos técnicos sobre la materia, y el correlativo desconocimiento del usuario, para imponer sus condiciones mediante una redacción contractual con términos muy técnicos en detrimento de los elementos jurídicos, los cuales, en la mayoría de las ocasiones, son aceptados por los usuarios en razón de sus necesidades informáticas y su falta de adecuada asesoría técnica, lo cual convierte a éstos en verdaderos contratos de adhesión”.

opuestos, que van desde el factor de atribución objetivo hasta aquellos que la afirman como subjetiva, respectivamente. El Proyecto de “Código de defensas de las y los consumidores¹²” propicia una regulación adecuada¹³ al tópico en crisis (art. 73).

3. LA TAREA DE LOS INFLUENCERS EN EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DEL CONSUMIDOR

a) *Noción*

Las redes sociales y su ecosistema han adquirido una influencia relevante sobre el comportamiento del consumidor y la adquisición de bienes o servicios en línea. Sin embargo, conviene detenerse un momento en un actor vital para el cumplimiento de la finalidad citada y que resulta clave en la comunicación entre el proveedor y el consumidor. Nos referimos al denominado *influencer*. En efecto, este personaje ha adquirido cada vez una mayor relevancia puesto que sirve como intermediario, facilitador o puente entre la empresa y la sociedad de consumo en general.

Es necesario brindar una noción sobre qué es un *influencer*, comprendiendo este concepto como una persona humana (por el momento) con capacidad o aptitud de influir en la toma de decisiones de consumo con respecto a los terceros¹⁴, sea por su reconocimiento como *celebridad*, sea

¹² Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Expte. N° 3143-D-2020, 26/06/2020, Trámite Parlamentario N° 73, “Código de defensa del consumidor. Derogación de la ley 24.240”. Con anterioridad, en el año 2019 se presentó el “Proyecto de Código de Defensa del Consumidor” (PCDC) por ante el Senado de la Nación Argentina, bajo Expte. N° 2576/19.

¹³ Cfr, Proyecto, Artículo 73. Portales de venta, subasta on line u otros. “Los operadores e intermediarios electrónicos, digitales o similares responderán de manera objetiva y solidaria, con fundamento en las reglas de la confianza, de la conexidad contractual y riesgo de actividad como así también por los medios empleados o por las circunstancias para su realización. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa le ha sido ajena. Las causales de eximición deberán interpretarse de manera restrictiva”.

¹⁴ IAB, *Libro Blanco de Marketing de Influencia*, IAB Spain, 2022, pág. 6: “Los influencers son aquellas personas que se considera que tienen el potencial de crear engagement, impulsar la conversación y/o influir en la decisión de compra de productos/servicios a un público objetivo. Estos individuos pueden variar desde celebridades hasta perfiles menos conocidos en un ámbito general, pero reconocibles en su propio nicho más especializado (por ejemplo, la diferencia entre un blogger con un gran número de seguidores vs. un individuo con un pequeño grupo de seguidores, pero con una gran influencia entre un grupo de iguales)”.

por su reconocimiento como deportista, sea por su reconocimiento como actor o actriz, etc.

El término *influencer* se le otorga a la persona humana que es idealizada o idolatrada por los consumidores y que por su conocimiento sobre los productos y servicios que publicita, el prestigio personal o profesional, su posicionamiento social, o bien su recomendación puede convertirse en el elemento necesario o indispensable para que el consumidor tome su decisión¹⁵, influyendo de esta manera directa o indirectamente sobre una adquisición. Dicho de otro modo, el *influencer* conecta de tal manera con su público segmentado, lo motiva y finalmente lo persuade¹⁶ para tomar una decisión de consumo.

b) Efectos jurídicos

Por supuesto, esta actividad intermediadora no está libre o exenta de complejidades o polémicas, ya que en las relaciones comerciales el consumidor o usuario es la parte débil de la relación de consumo debido a la asimetría de información existente. Por ello, el enfoque normativo mundial consiste en protegerlo, mediante regulaciones genéricas o específicas.

En tales términos, fuera del encuadramiento normativo en particular, debemos partir de la premisa que el *influencer* al realizar su tarea o labor de influenciar la decisión de los consumidores tiene, como es lógico, deberes,

¹⁵ GÓMEZ NIETO, Begoña, “El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa”, *Methados Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018, pág. 150: Una referencia positiva hacia un producto o un servicio por parte de una persona aparentemente desinteresada puede suponer esa motivación última que a un cliente potencial le falta para tomar la decisión de llevar a cabo una compra. Si a eso le añadimos el alcance online que puede llegar a tener la recomendación de una persona de gran influencia en este medio, nos encontramos ante un recurso con un éxito prácticamente asegurado (medido en tiempo récord por su transmisión y por el número de personas a las que llega). Según la Fundeu BBVA (2017), influencer se usa para “aludir a personas con conocimiento, prestigio y presencia en determinados ámbitos en los que sus opiniones pueden influir en el comportamiento de otras muchas personas”. Idem: <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212> (consulta 18/06/24).

¹⁶ DELGADO QUINTANA, Edgar M., “Marketing de Influencia: El rol de los Influencers dentro del marketing en las redes sociales”, *Portoviejo: Revista Sinapsis*, Instituto Superior Universitario Portoviejo, 2023, Vol. 1, Nro. 22, pág. 2: “En el ámbito comercial, los influencers utilizan la motivación para conectar con su audiencia y transmitir sus experiencias, lo que les permite influir en sus seguidores y persuadirlos a experimentar lo mismo. Los consumidores, antes de comprar un producto o servicio, suelen buscar en línea comentarios y opiniones de otros usuarios en redes sociales y blogs sobre el mismo, antes de acceder a la página oficial de la empresa”.

obligaciones y finalmente responsabilidades para con el público consumidor al que apunta o se dirige con su publicidad. Así, por ejemplo, la publicidad engañosa es un aspecto de especial relevancia.

De otro lado, aunque no es parte central de esta ponencia, conviene señalar que el diseño del aviso o anuncio publicitario puede ser realizado por el propio *influencer* o por el proveedor, o bien, en ambos casos, recurrir a una agencia publicitaria de carácter profesional generándose responsabilidades conexas con respecto a la propiedad intelectual (autor, intérprete, entre otras modalidades) donde también entra en juego y debe ser considerada desde la óptica contractual en sus relaciones para con la empresa contratante..

c) Protección del consumidor, deberes y obligaciones de los influencers.

En el derecho comparado, y en particular, la legislación latinoamericana ha experimentado una constante evolución, con la finalidad máxima de regular adecuadamente las relaciones de consumo, y de forma especial, de proteger al eslabón más débil de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios; es decir: *el consumidor*¹⁷.

¹⁷ En este sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador señala: "...En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes".

En la misma línea, el artículo 1 de la Ley 19.496 de la República de Chile se expresa en el siguiente sentido: "La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias...".

De igual manera, la Ley N° 24.420 de la República Argentina, en su artículo 1, expresamente establece que tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, toda vez que es la parte más débil en la relación contractual: "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario...".

Finalmente, dentro del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990) de la República Federativa de Brasil, en su artículo 1, se estipula nuevamente el objeto de normar las relaciones entre las partes y proteger al consumidor: "El presente Código establece normas de protección y defensa del consumidor de orden público e interés social..."

Así, por ejemplo, en el Ecuador el análisis y revisión de su entramado normativo permite concluir que carece de una legislación específica en lo referente a los *influencers* en el ámbito del derecho de consumo, más allá de ciertas regulaciones aisladas vinculadas con la publicidad engañosa¹⁸, por lo que la elaboración y promulgación de un cuerpo normativo específico resulta necesario.

En el ámbito de la Unión Europea, y en particular el análisis de la legislación española, si confrontamos una regulación legal que impone deberes y obligaciones a los *influencers* para con el usuario o consumidor que forma parte del público al que apunta la actividad publicitaria que realiza.

El caso español es sumamente interesante, puesto que a través de su “Ley General de Comunicación Audiovisual” equipara a los *influencers* o usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de videos a través de una plataforma a la calidad de prestadores del servicio de comunicación audiovisual¹⁹, y les impone una serie de obligaciones entre las que se encuentran, las siguientes: a) Identificar el contenido como publicitario para evitar confusiones; b) Etiquetar el contenido por edades, a fin de fortalecer la protección de los menores de edad a la exposición de contenido que pueda ser considerado nocivo; c) En línea con lo

¹⁸ Por ejemplo, tenemos el artículo 6 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador, el cual señala: “Art. 6.- Publicidad Prohibida.- Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor”.

En la misma línea, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone: “Artículo 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. (...)”

¹⁹ Ley 13/22 General de Comunicación Audiovisual, que incorporó al derecho español la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Conf., art. 94: “Obligaciones de los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de videos a través de plataforma. 1. Los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de videos a través de plataforma se considerarán prestadores del servicio de comunicación audiovisual (...)”.

anteriormente expuesto, los influencers tienen prohibido hacer publicidad de tabaco (cigarros, cigarrillos electrónicos u otras formas de tabaco), ni de las empresas que las producen, así como tampoco podrán hacer publicidad de medicamentos; d) No hacer publicidad de bebidas alcohólicas, salvo ciertas excepciones tales como la promoción de bebidas con más de 20 grados alcohólicos entre la 1:00 y las 5:00 de la madrugada, y la de bebidas con menos de 20 grados desde las 20:30 hasta las 5:00 de la madrugada; e) No hacer publicidad de juegos de azar y apuestas en espacios dirigidos a menores de edad.

Para mayor abundamiento, los *influencers* también están obligados a cumplir con los principios de la comunicación audiovisual entre los cuales se encuentran: dignidad humana, protección de los usuarios, protección de los menores, pluralismo, veracidad de la información (tolerancia cero con la publicidad engañosa), alfabetización mediática, inclusión y protección de las personas con discapacidad, protección de la mujer y la implementación de códigos que conducta en todas las Comunidades Autónomas que refuercen el cumplimiento normativo.

Asimismo, con fecha 30 de abril de 2024 se emitió el Real Decreto N° 444/2024 (BOE 1/05/24), por el cual se regulan los requisitos establecidos en la Ley 13/2022 (art. 94) a los efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. En lo que interesa, dispone los criterios a tener en cuenta para determinar el concepto legal de “Ingreso significativo” tomando como base “los ingresos brutos devengados en el año natural anterior, iguales o superiores a 300.000 euros, derivados exclusivamente de la actividad de los usuarios en el conjunto de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma que empleen²⁰” (art. 3º) y un número igual o superior a un millón (1.000.000) de seguidores en un único intercambio de

²⁰ Conf., Real Decreto N° 444/24, art. 3: “Ingresos significativos Artículo 3 (...)

a) Ingresos obtenidos, tanto de remuneraciones dinerarias como en especie, por la comercialización, venta u organización de las comunicaciones comerciales audiovisuales que acompañen o se inserten en los contenidos audiovisuales responsabilidad de los usuarios que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. b) Ingresos percibidos por los usuarios procedentes de los prestadores de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma por razón de su actividad en dichos servicios. c) Ingresos percibidos por la actividad de los usuarios provenientes de cuotas y pagos abonados por su audiencia en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. d) Ingresos procedentes de prestaciones económicas concedidas por administraciones y entidades públicas, cualquiera que sea su denominación y naturaleza, relacionados con la actividad de los usuarios en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. e) Otros ingresos obtenidos por la actividad de los usuarios en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma no previstos en las letras anteriores de este apartado”.

videos y que haya publicado o compartido un número de vídeos igual o superior a 24 en el año natural anterior, para considerarse encuadrado dentro de una “Audiencia significativa²¹” (art. 4º).

²¹ Conf., Real Decreto N° 444/24, art. 4. Audiencia significativa. Artículo 4. “1. De conformidad con lo establecido en el artículo 94.2.c) de la Ley 13/2022, de 7 de julio, se considerará que un servicio responsabilidad de un usuario está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él cuando cumpla, de *forma cumulativa*, los siguientes requisitos: a) Que el servicio alcance, en algún momento del año natural anterior, un número de seguidores igual o superior a 1.000.000 en un único servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma; o un número de seguidores igual o superior a 2.000.000, de forma agregada, considerando todos los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad. b) Que, en el conjunto de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad, se haya publicado o compartido un número de vídeos igual o superior a 24 en el año natural anterior, con independencia de su duración”.

RESPONSABILIDAD DE LOS “INFLUENCERS” EN ENTORNOS DIGITALES

Por María Paula Arias¹ y Virginia Dagotto²

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Las publicidades generadas por influencers serán lícitas si se encuentran identificadas como tales y su contenido resulta veraz respetando los principios de identificación y veracidad publicitaria.
2. Para que la publicidad del bien o servicio efectuada por influencers no sea encubierta y respete el principio de identificación publicitaria, es necesario que reúna dos recaudos: A) debe revelar la vinculación que tiene el influencer con el anunciante que haya encargado la difusión o, al menos, las circunstancias de hecho que hagan presumirla. B) debe advertir que el contenido difundido es una publicidad comercial con términos claros y que no aporten dudas respecto de su carácter.
3. El influencer transmite una publicidad oculta o encubierta o clandestina cuando el público consumidor no tiene consciencia de su contenido publicitario. Este tipo de publicidad se da cuando se promociona un producto o un servicio sin que sea reconocible el mensaje publicitario como tal.
4. La publicidad comercial transmitida por el influencer de un modo furtivo deviene en ilícita por violentar el art. 9 de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial ya que oculta su carácter y el inc. ñ del art. 81 de la Ley 26.522 de Medios Audiovisuales que exige que la publicidad sea distinguida del resto de la programación.
5. Cuando se utiliza como técnica la publicidad testimonial, el influencer debe efectivamente haber tenido una experiencia real con el bien o el servicio porque, de lo contrario, se tratará de una

¹ Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

² Profesora Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

- publicidad ilícita por engañosa que vulneraría flagrantemente el art. 1101 inc. a) del CCyC y el principio de veracidad publicitaria.
6. Si el influencer lleva adelante publicidades ilícitas deberá responder frente al consumidor destinatario de la misma si se reúnen los cuatro presupuestos de responsabilidad civil. El fundamento de su responsabilidad podría estar dado por la confianza que transmite el propio influencer frente a sus seguidores, por la posición de garante que asume o por el riesgo provecho según las circunstancias.
 7. La confianza creada por el influencer en su seguidor puede servir como criterio de atribución de responsabilidad civil. Si la confianza que inspira la figura, hace que el consumidor acceda al bien o servicio dañoso, resulta incontrovertible que él también debe responder ante el tercero por la expectativa generada. Es aplicable el criterio de valoración de conducta agravada previsto en el art. 1725 del CCyC.
 8. Al vincular su imagen o nombre a un bien o servicio, el influencer asume ante el consumidor la posición de "garante". Dicho argumento tiene como fundamento jurídico el art. 1581 del CCyC emplazado en las disposiciones generales del contrato de fianza y que establece responsabilidad cuando al efectuar recomendaciones se actuó de mala fe o se generó confianza en el receptor.
 9. Debe tenerse en cuenta como criterio atributivo de responsabilidad el riesgo provecho ya que la actuación en las redes sociales puede, según las circunstancias y por su ingobernabilidad, considerarse riesgosa. Por su parte, los influencers reciben por dicha actividad beneficios. En consecuencia, frente al provecho obtenido deberán asumir los riesgos de su actividad y ante un evento dañoso soportarlo (art. 1758 del CCyC).
 10. A nivel nacional no existe normativa específica que regule la actividad del influencer. Sin embargo, con las normas que regulan la publicidad comercial en general como así también las normas sobre responsabilidad civil que emanan tanto del CCyC como del estatuto consumeril en sintonía constitucional se puede dar una respuesta adecuada a las problemáticas que se generen

De lege ferenda

11. Se recomienda la regulación de la responsabilidad de los influencers en los entornos digitales atento al gran aumento del uso de este tipo de técnica de marketing y a los fines de garantizar la

transparencia de las publicidades comerciales encauzadas por esta vía.

12. Se propicia la regulación para proporcionar mayor certeza y seguridad jurídica tanto para estos nuevos participantes en las publicidades como para los expuestos a las mismas.

II. FUNDAMENTOS

Los fundamentos de los puntos de ponencia precedentes se encuentran desarrollados en el trabajo que las autoras publicaran en el Suplemento Especial de El Derecho -JNDC- Comisión N° 4 “Derecho de Consumo”. -

RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS EN ENTORNOS DIGITALES

Por María Paula Arias¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata:

1. En nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación específica sobre responsabilidad de las plataformas en entornos digitales. Sin embargo, tanto la normativa consumeril, de lealtad comercial y de defensa de la competencia, entre otras, pueden resultar aplicables para dar respuesta a los conflictos que se susciten. Ello es así porque el titular de la plataforma de comercio electrónico puede ser calificado como proveedor en los términos de los arts. 2º de la LDC y 1093 del CCyC y quien adquiere productos o servicios en una plataforma de comercio online es, generalmente, un consumidor, de conformidad con lo establecido por los arts. 1º de la LDC y 1092 del CCyC. Sin perjuicio de ello, la mentada normativa debe armonizarse con las disposiciones del CCyC, en particular, de la teoría general del contrato y de la responsabilidad civil por expreso mandato de los arts. 1º y 2º del CCyC.

2. La temática de la responsabilidad de las plataformas de comercio online se inserta en el ámbito de la conexidad contractual, cuyas directrices básicas se encuentran reguladas en los arts. 1073 y ss. del CCyC.

3. Cabe distinguir la situación de los buscadores de Internet de las plataformas de comercio online. Así, una cosa son los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos o denominados “motores de búsqueda”, y otra muy distinta, los proveedores de servicios de comercio electrónico, que son aquellos que, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos, ponen a disposición un ámbito que permite la realización de operaciones y actividades comerciales. En el caso de los buscadores, su finalidad radica en proveer una herramienta para facilitar el acceso a información proporcionada por terceros; en cambio, las plataformas de comercio electrónico intermedian en la contratación y tienen al menos cierta participación o injerencia en la cadena de

¹ Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

comercialización porque sin su intervención no se produciría el contacto social que resulta indispensable para la realización del negocio.

4. Las plataformas varían según el mercado en el cual actúan y el tipo de operatoria que en ellas se realice. Pueden ser plataformas que facilitan el emparejamiento de la oferta y la demanda de bienes y servicios, creando nuevas oportunidades de negocio y que obtienen sus beneficios a través de comisiones; pueden ser plataformas de pago, que permiten la transferencia de precios y dinero o pueden ser plataformas de inversión, que financian a las starts-up mediante la captación de fondos. Dentro de las plataformas virtuales de servicios las hay “genéricas” y las hay “específicas”. Las plataformas que se atienen a una actividad concreta, en la mayoría de los casos, ejercen un control mucho mayor y tiene un rol más activo ampliando su espectro de responsabilidad.

5. Para dilucidar si existe o no responsabilidad de la plataforma y, eventualmente, en que grado, resulta necesario analizar el funcionamiento de la misma en cada uno de los supuestos porque no siempre tienen las mismas facultades, realizan controles o los realizan con la misma intensidad u obtienen ganancias.

6. Pesa sobre la plataforma de comercio una obligación de seguridad y de prevenir riesgos en el sitio creado por ella para la facilitación de negocios, y si incumple tales mandatos deberá responder por los daños irrogados.

7. Las plataformas digitales, suscitan una confianza en el consumidor o usuario que no puede ser defraudada sin generar responsabilidad. Además de la confianza genérica, nuestro ordenamiento le otorga relevancia a determinada confianza especial al imponer una responsabilidad agravada por la condición especial del agente (art. 1725 del CCyC). Por su parte, en el ámbito del consumo se considera como parte de la cadena de comercialización a quien ha puesto su marca en la cosa o servicio extendiendo la responsabilidad a dichos sujetos por la apariencia ocasionada (art. 40 de la LDC).

8. Las plataformas de comercio on line constituyen un escenario riesgoso como consecuencia que por esa vía se habilita la contratación entre desconocidos y entre un público muy diverso, masivo, no asesorado y eventualmente impulsivo. Por ello, el servicio que prestan debe ser llevado adelante con ajuste a la diligencia exigible a un proveedor profesional y que lucra con ello (art. 1757 y 1758 CCyC).

De lege ferenda:

1. Se recomienda la regulación de la responsabilidad de las plataformas electrónicas estableciendo que pesa sobre las mismas una obligación de seguridad y de prevenir riesgos en el sitio creado por ellas para la facilitación de negocios.

2. Las plataformas en entornos digitales responderán de manera objetiva y solidaria, con fundamento en las reglas de la confianza, de la conexidad contractual y riesgo de actividad como así también por los medios empleados o por las circunstancias para su realización.

3. La exención de responsabilidad de las plataformas en entornos digitales sólo será posible cuando concurren estos extremos: 1) No hayan desempeñado un rol activo en la operación jurídica económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible y 2) No hayan generado una particular confianza en el consumidor

**RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS, APLICACIONES Y
SITIOS EN ENTORNOS DIGITALES: LA CONFIGURACIÓN DE UNA
NUEVA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD DERIVADA DE LOS
TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

Por Aldo Marcelo Azar¹

I. CONCLUSIONES

1. La obligación de seguridad en la posmodernidad se reconfigura para extenderse a la protección de los datos e información personal. Caracterizada como un deber jurídico específico y de naturaleza secundaria que pesa sobre el deudor cuyo objeto es la protección de la indemnidad del contratante, la obligación de seguridad está orientada al resguardo de su integridad no sólo física sino moral durante el curso ejecución de una relación jurídica contractual por lo que incluye derechos, intereses y atributos de la personalidad tales como la privacidad, intimidad, imagen, voz, datos e información del sujeto, de su esfera de comportamiento y de su patrimonio.

2. El valor “seguridad” se amplía para connotar otros aspectos de la personalidad, y se extiende para abarcar la protección de la intimidad y confidencialidad en las relaciones jurídicas originadas en un marco de relaciones nacidas, desarrolladas y cumplidas en un marco de la realidad virtual. Aquel conforma el contenido de derechos y garantías consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que están incorporados al plexo constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) y que son fuentes de aplicación y de interpretación de la ley (arts. 1 y 2 Código Civil y Comercial de la Nación).

3. La obligación de seguridad es de resultado por lo que su factor de atribución es objetivo fundado en que la indemnidad que asume el titular del servicio de no violar la privacidad del usuario por las técnicas de recopilación, almacenamiento y tratamiento de datos personales es una

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor Titular Introducción del Derecho y de Derecho Privado II-Obligaciones civiles y comerciales, Facultad de Derecho de la UNC. Profesor titular de Introducción al Derecho Universidad Siglo 21.

consecuencia inmediata y previsible de quien conserva, manipula y transmite esa información.

4. No constituye eximente válida como consentimiento de la víctima la adhesión o aceptación impuesta al usuario de una página web, aplicación electrónica o programa de software a que se utilicen sus datos con un fin o en un entorno distinto para el cual está interactuando en ese ámbito y mucho menos para su utilización, guardado, negociación o manipulación posterior por el titular de ese sitio o por terceros a quienes el primero delegue o ceda la información personalísima, el perfil del usuario o los datos de este.

II. FUNDAMENTOS

1. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL ACTUAL MODELO POSTINDUSTRIAL, TECNOLÓGICO O POSTMODERNO DE DERECHO PRIVADO.

La obligación de seguridad nació, se desarrolló y conformó en el modelo industrial del derecho privado a partir de las tres últimas décadas del siglo XIX como la protección de la integridad psicofísica y de la vida del contratante. Accidentes de trabajo y accidentes ferroviarios fueron las principales fuentes de daños que impusieron un crédito a la seguridad de esos bienes e intereses tradicionalmente reservados a la responsabilidad aquiliana o extracontractual. La consagración de ese débito de preservar y mantener indemne al sujeto con el que un deudor se vincula hasta la finalización del contrato se da con el precedente de la COUR DE CASSATION francesa hacia 1911 en la causa “Zbidi Hamida c. Compagnie Générale Transatlantique” en la que consigna “la ejecución del contrato de transporte comporta, en efecto, para el transportador, la obligación de conducir al viajero sano y salvo a destino”². En esos términos introduce la obligación de seguridad en el ámbito de la responsabilidad contractual y, con ella, a los intereses extrapatrimoniales en la prestación, tales como la vida, la integridad corporal y psíquica, los que se definen como el resultado que debe garantizarse³.

² COUR CASSATION, 21 de noviembre de 1911.

³ BELLISSENT, Jean «Contribution à la distinction des obligations de moyens et de résultat », LGDJ, París, 2000, p. 316 y ss.

A lo largo del siglo XX la obligación de seguridad reconoció un proceso de expansión y luego de retracción, lo primero por cuanto se reconoció esa protección en todo tipo de vínculo donde la vida o la salud de uno de los contratantes se exponía a un riesgo específico de daño y lo segundo en tanto se atenuó el factor atributivo de responsabilidad, originariamente de corte objetivo, al imputarse el incumplimiento de la primera a título de culpa.

A la par que en el derecho privado se desarrollaban esos conceptos, la seguridad se configuró como una garantía básica que definió el contenido de derechos subjetivos fundamentales establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

De ese modo en el continente americano los Tratados Internacionales de Derechos Humanos consagran el valor y la garantía de la seguridad como uno de los derechos fundamentales de la persona. A modo enunciativo, la seguridad se erige en un derecho humano esencial en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. I) conjuntamente con los derechos personalísimos a la honra, a la reputación personal y privacidad (art. V); en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3) conjuntamente con los derechos a la no discriminación (art. 1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.1) conjuntamente con la prohibición de discriminación (art. 1.1) y el derecho a la honra y dignidad (art. 11), entre otros.

En el caso argentino, todo ese plexo supranacional fue incorporado a la Constitución Nacional por obra de la Reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22 y posteriormente en el Código Civil y Comercial de la Nación en dos normas señeras que rigen para todo el sistema jurídico en su artículo 1 - relativo a las fuentes y la aplicación del derecho- y 2- correspondiente a la interpretación de la ley.

La irrupción del derecho del consumo introdujo otra variante que modificó y amplió la perspectiva de las obligaciones de seguridad.

Efectivamente, en el modelo industrial -que se gestó desde las tres últimas décadas del siglo XIX hasta los últimos decenios del siglo XX- se intenta una primera ampliación del contenido de la obligación de seguridad pues originariamente circunscripta a la vida, salud e integridad psicofísica de una de las partes de la relación se extendió a la protección de sus otros bienes. En efecto, por seguridad se entiende:

i.- Seguridad de la persona, entendida como una “deuda de integridad física”, “no sufrir daño corporal”, “incolumidad física”, “integridad corporal de las personas”, o protección de la vida y de la integridad psicofísica de las personas⁴;

.ii.- Seguridad de los bienes, esto es la protección o la conservación de los bienes del acreedor⁵;

iii.- Seguridad de la persona y de los bienes, entendida como preservar a la otra parte de los daños que puedan ocasionarse durante la ejecución de la obligación, o, en sentido negativo, como no exponer a alguien a alguna cosa a peligros o riesgos, como la agresión física, los accidentes, robos y deterioros⁶.

La identificación de la protección con “la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” se verifica en los arts. 5 y 6 de la Ley de Defensa del Consumidor, mientras que la ampliación de su contenido a los *bienes* constituye un hito en la construcción de la obligación de seguridad en

⁴ JOSSERAND citado por BELLISSENT, “Contribution ...,” ob. cit. pág. 322, y éste último autor en pág. 267. TERRÉ, François-SIMLER, Philippe-LEQUETTE, Yves, « Droit Civil-Les obligations », 7^o edición, Dalloz, Paris, 1999, p.418. STARCK-BOYER-ROLAND, « Obligations ... », ob. cit. pág. 447. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité ... », ob. cit. p. 843. VISINTINI, “Trattato breve ...”, ob. cit. pág. 99. MENGONI, “Obbligazioni <di risultato> e obbligazioni di mezzi, Riv.Dir.Comm. 1954-189, quien la cita como una especie de las obligaciones de protección, pág. 368. JORDANO FRAGA, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Civitas, Madrid, 1987, pág. 145. SALVO VENOSA, Silvio, “Direito civil. Responsabilidade civil”, 4a. Edición, Atlas, Sao Paulo, 2004, pág. 82. SPOTA, “La responsabilidad presumida del empresario de transportes por accidentes acaecidos a pasajeros”, JA 1943-I-293; “La responsabilidad por daños acaecidos a pasajeros”, JA 1944-II-701.

⁵ D’AMICO, Giovanni, “La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato”, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pág. 88, n.88 y pág. 89

⁶ PIZARRO, “Responsabilidad civil por riesgo ...”, ob. cit. tomo III, pág. 257. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 8a. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 387. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual”, RDPC t.17, p. 79. AGOGLIA, Maria-BORAGINA, Juan-MEZA, Jorge, “Responsabilidad contractual de los profesionales”, JA-III-730. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio “Las obligaciones de actividad y de resultado”, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 78. PASCUAL ESTEVILL, Luis, “La responsabilidad contractual”, tomo I, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 72. BELLISSENT, “Contribution...”, ob. cit. págs. 259, 266.

el que se proyecta la totalidad de intereses atinentes a la persona y a la personalidad jurídica, distintos a la vida, salud o integridad psicofísica.

En el actual modelo tecnológico, globalizado, postindustrial, postmoderno, los ataques a la persona, antes circunscriptos a la protección de la vida y de la salud del contratante, han mutado y se ampliaron a su personalidad comprensiva de su intimidad, de su privacidad y de la información atinente a ellas.

La obligación de seguridad en la posmodernidad también se reconfigura para extenderse a la protección de los datos e información personal. Caracterizada como un deber jurídico específico y de naturaleza secundaria que pesa sobre el deudor cuyo objeto es la protección de la indemnidad del contratante, la obligación de seguridad está orientada al resguardo no sólo de su integridad física sino también moral durante el curso ejecución de una relación jurídica contractual. Como se señaló, su primer y más enérgico interés fue la protección de la vida y la salud de la contraparte entendidos en su más amplia acepción. Su centro de gravedad está, por así decirlo, en la cuestión relativa a la protección de intereses distintos al de la prestación principal. El proceso de evolución del valor seguridad continuó con el reconocimiento de prestaciones consistentes en la conservación, mantenimiento, reparación, guarda custodia y seguridad de los bienes.

Hoy en el marco de relaciones jurídicas gestadas en plataformas, sitios, aplicaciones en entornos virtuales o Internet el deber de seguridad adquiere una nueva dirección, donde la protección de la salud, la integridad física pasa a segundo plano con relación al interés de privacidad que tiene el acreedor en estos nuevos entornos interacción.

El valor “seguridad” se amplía para connotar otros aspectos de la personalidad, y se extiende para abarcar la protección de la intimidad y confidencialidad en las relaciones jurídicas originadas en un marco de relaciones nacidas, desarrolladas y cumplidas en un marco de la realidad virtual o digital.

Uno de los rasgos especialmente característicos de estas últimas relaciones jurídicas es la creciente tendencia hacia los problemas relacionados con la vulneración de la privacidad de los consumidores por el uso no autorizado de sus datos o información personal. En efecto, se advierte cada vez con mayor intensidad que los entornos digitales, fundamentalmente Internet, es una fuente generadora de datos privados susceptible de acumulación y comercialización.

Ejemplo de ello son los datos que las empresas privadas registran de sus clientes, consumidores o usuarios; que efectúan los intermediarios de créditos, las empresas de líneas aéreas, los registros impositivos, censos, de naturaleza médica, de información personal financiera; que recopilan las compañías de seguro y de telecomunicaciones. Similar situación se advierte en el incremento del número y la variedad de relaciones jurídicas celebradas o ejecutadas en redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram; en aplicaciones utilizadas en los dispositivos móviles que ofrecen servicios de intermediación relacionados con la búsqueda de información (Google), transporte (Uber), cadetería (Glovo) o entrega de productos y alimentos (Pedidos Ya); tarjetas de crédito, contratos bancarios electrónicos, como así también los sitios de Internet en general, se sirven de datos personales de los usuarios, con grave e irreversible quebrantamiento de su derecho de privacidad⁷.

2. LOS NUEVOS FENÓMENOS QUE DETERMINAN EL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

Concebida de tal modo la cuestión, se inicia la gestación de un modelo de obligación de seguridad que responde a un nuevo paradigma tecnológico, posindustrial y globalizado donde el fenómeno jurídico obligacional cuenta con ciertos perfiles propios característicos cuyo común denominador es la utilización de entornos virtuales, en los cuales las plataformas, aplicaciones y sitios en entornos virtuales como Internet es al momento actual la vía en la que se concentra toda la actividad.

⁷ Hemos tratado ese tema en dos trabajos publicados en Brasil y Colombia junto a Luciano José Martini. Véase: AZAR, ALDO MARCELO-MARTINI, LUCIANO JOSE, “El valor seguridad en los modelos tecnológicos de derecho privado: la conformación de una nueva obligación de seguridad”, en “Direito civil e temas transversais”, Renato Dellova coordinador, Schoba, San Pablo, 2020, pgs. 35 a 66; y “Obligación de seguridad y responsabilidad por recopilación, guarda, conservación, manipulación y divulgación de datos, imágenes e información personalísimos”, en Instituciones de responsabilidad civil: homenaje al maestro Jorge Santos Ballesteros, tomo II, pgs. 91-156, Saúl Uribe García y Alejandro Gaviria Cardona coordinadores, Fondo Editorial UNAULA, de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Bogotá, 2022. AZAR, ALDO MARCELO *La obligación de seguridad por indemnidad de datos personales, imagen, intimidad, identidad y privacidad*, Publicado en: LA LEY 04/08/2022, 04/08/2022, 1.

Los hechos que determinan el surgimiento de la nueva obligación de seguridad son los derivados de los siguientes nuevos fenómenos que se son enunciativos:

i. La vigilancia, recopilación y comercialización de los datos de los consumidores y usuarios realizados sin su consentimiento o en ignorancia de tales extremos;

ii. La invasión a la privacidad por el seguimiento del usuario y control de su actividad en la red:

iii. La imposición de esas prácticas a través de la adhesión a cláusulas contractuales en las que el consentimiento del usuario se realiza a través de un click por el solo hecho de navegar en determinados sitios o para la adquisición de productos en los que es obligado, como condición previa de acceso, a dar conformidad a una serie de prácticas invasivas y controladoras que exceden y exorbitan los motivos y las finalidades de la navegación o adquisición de bienes;

iv. Las aplicaciones, los sitios de comercio electrónico, los buscadores de información, las redes sociales, a los fines de ofrecer precios y productos personalizados al consumidor estudian el comportamiento de búsqueda de cada usuario, anticipan sus objetivos y ofrecen alternativas al gusto, preferencia o criterios que asume, imputa o infiere respecto a aquél, con lo cual toda la conducta humana es objeto de análisis, sistematización y predicción;

v. El método predictivo señalado permite no sólo definir perfiles de comportamientos sino, a partir de ello, prototipos de personalidades en los que todos los aspectos de la intimidad y privacidad son alcanzados: por caso la identidad, orientación, gustos de las personas son etiquetados, sistematizados y estructurados, de modo tal que aspectos personalísimos de la vida privada son tabulados tales como sexo, creencias y experiencias;

vi. La privacidad en todas sus dimensiones es susceptible de afectarse junto a la información reservada del usuario y consumidor de un sitio web, una aplicación, un programa.

Como resultado de todo ello, la personalidad en todos sus aspectos y los datos de cuentas bancarias, tarjetas de crédito, perfiles de usuarios, atributos de la personalidad (nombre, documentos, domicilio, estado civil, etc.) son objeto de sistematización, conservación en bases, utilización y negociación.

3. LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE PLATAFORMAS, APLICACIONES Y SITIOS EN ENTORNOS VIRTUALES.

La construcción de la obligación de seguridad introduce la noción de resultado a la prestación creditoria, e impone su cumplimiento con la consecuente responsabilidad derivada de su inexecución. Por ello, en torno a las obligaciones de seguridad se configuró el modelo de la prestación-resultado⁸ que precede a la formulación de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado por parte de OSTI y de DEMOGUE. Es precisamente este último quien toma el arquetipo desarrollado en el ámbito del transporte de personas como típica obligación de resultado⁹.

Asociada a esta última especie de vínculo, las obligaciones de seguridad se extienden a prestaciones que se asimilan por analogía al transporte, para posteriormente cobrar autonomía y regular toda hipótesis en que los bienes de una de las partes, entendidos ellos en sentido amplio, son puestos en peligro por la ejecución de la obligación. De ese modo la seguridad es tomada como sinónimo de garantía.

Sin embargo, tal como se anticipó, el proceso se revierte por obra de la COUR DE CASSATION al caracterizar como obligaciones generales de diligencia y de prudencia a la prevención que se orienta a proteger la vida, la salud y los bienes de la contraparte, fundamentalmente cuando ésta detenta un rol activo en la producción de los peligros (verbigracia, la libre iniciativa con que cuenta el acreedor para el desplazamiento físico en el ámbito de un establecimiento comercial lo que configura a la seguridad debida como obligación de medios), y como consecuencia de distinguir en una misma obligación momentos diferentes en los cuales pasa de ser de medios a otra de resultado y viceversa (por caso, el transporte por telesillas o por medios de elevación es de resultado durante el desplazamiento y de medios al momento del ascenso y del descenso).

La expansión de las obligaciones de seguridad como típicas prestaciones de resultado y su retracción por incorporar reglas o excepciones cada vez mayores por las que son caracterizadas como de medios, se produce

⁸ AZAR, Aldo Marcelo, "Obligaciones de medios y de resultado", La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 59 a 63.

⁹ DEMOGUE, René, «Traité des obligations en général, I- Sources des obligations», tomo V Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, ps. 538 y ss.

en los diversos ordenamientos jurídicos que receptan el distingo entre ambos tipos obligaciones¹⁰.

Sin embargo, no es ese el único desafío que se dirige a la vigencia de las obligaciones de seguridad. En los últimos años, se cuestiona su subsistencia como tales para terminar reduciéndolas dentro del campo de los factores atributivos de responsabilidad de corte objetivo. En efecto, debido la amplitud de la protección en el ámbito de las relaciones de consumo y la expresa incorporación de la responsabilidad por actividades riesgosas, las obligaciones de seguridad habrían perdido su razón de ser. “Dado que la enorme mayoría de los casos que tradicionalmente suscitaban la aplicación de la obligación “tácita” de seguridad se encuentran ahora regulados por el derecho del consumo, aquella ha perdido ya todo su atractivo. Máxime luego de la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que consagra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Por ese motivo, el nuevo código ha optado por suprimir lisa y llanamente del derecho común la obligación de seguridad, y ha preferido, en cambio, someter la reparación de los daños a la persona del acreedor contractual (causados al margen del incumplimiento de la o las obligaciones principales) a las normas atinentes a la responsabilidad extracontractual”¹¹.

Esa controversia planteada en el derecho argentino no es pacífica. Esas posiciones negativas han sido impugnadas con múltiples fundamentos¹²

¹⁰ En cuanto a la evolución del distingo con relación a la obligación de seguridad, VINEY, Geneviève “Traité de droit civil. La responsabilité: conditions”, LGDJ, París, 1982, págs. 656 y ss.; STARCK, Boris-ROLAND, Henri-BOYER, Laurent, “Obligations. 2. Contrat, Litec, Paris, 1993, págs. 447 y ss.; BELLISSENT, Jean, « Contribution à la distinction des obligations de moyens et de résultat », LGDJ, París, 2000, p. 188 y ss.; LE TOURNEAU, Philippe, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz,

¹¹ PICASSO, Sebastián “Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), 163. Sigue manifestando que “Por consiguiente, habrá responsabilidad objetiva si el daño proviene del riesgo o vicio de una cosa o de una actividad —o si se trata de daños causados por dependientes, o por actos involuntarios—, y subjetiva en caso contrario. Este método aporta una indudable claridad en la materia, pues la solución que se adopte no dependerá, en esos supuestos, de la determinación de la existencia de una inasible obligación ‘tácita’ de seguridad —de contornos imprecisos—, sino de criterios uniformes y objetivos, previstos expresamente por la ley y válidos para todos los casos por igual”.

¹² PIZARRO afirma que la obligación tácita de seguridad pervive en: “1) La obligación tácita de seguridad mantiene vigencia en el Código Civil y Comercial. 2) Sólo

En sentido coincidente nos hemos pronunciado junto a OSSOLA con anterioridad advirtiendo la plena vigencia en múltiples situaciones. En el derecho argentino, la obligación de seguridad ha dejado de ser implícita ya que ahora se encuentra expresamente receptada con carácter general para todas las relaciones jurídicas, en razón de lo dispuesto en el art. 1710 del Cód. Civil y Comercial, que consagra un fortísimo deber general de prevención del daño, imponiendo la adopción de todas las medidas razonables para evitar la producción de un daño, o disminuir su magnitud ¹³.

Los motivos que determinan la validez, la vigencia y la eficacia de las obligaciones de seguridad se verifican con mayor relevancia cuando se analizan los hechos productores de daños a consumidores y usuarios por el uso de aplicaciones, plataformas y sitios en entornos digitales o por la exposición a los mismos.

La especificidad de los ataques, el anonimato de los autores, la vinculación causal remota con quienes diseñan, proyectan e idean las aplicaciones, plataformas y sitios virtuales, la dificultad de calificar a éstos como “cosas” y el rol activo del consumidor o usuario que desplaza a la “actividad” desplazan a los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil.

La herramienta desarrollada en el derecho de daños que se adecúa de la mejor manera posible para encuadrar la acción, relación causal, daño y atribución de responsabilidad de las plataformas, aplicaciones y sitios en entornos virtuales es la obligación de seguridad.

rige en aquellos contratos que por su carácter riesgoso imponen al deudor la obligación de velar por la persona y bienes del acreedor. 3) La aplicación práctica de la figura se ha visto menguada en aspectos relevantes, luego de la sanción del nuevo código. No es necesario acudir a ella para fundar la responsabilidad del deudor por el hecho de las personas que introduce para la ejecución prestacional, ni por el hecho de las cosas que utiliza en el cumplimiento, ni por actividades riesgosas. En todos estos supuestos se aplica la normativa específica: arts.732, 1753,1757, 1758 y concs. Cód.Civ.Com. 4) Sin embargo, conserva utilidad en otros aspectos relevantes, que no han sido modificados por el nuevo código, tales como acción de cumplimiento, resolución y suspensión por incumplimiento, estándar de previsibilidad agravada en caso de incumplimiento doloso y responsabilidad de los profesionales liberales” PIZARRO, RAMÓN, “Tratado de la Responsabilidad Objetiva”; La Ley, Buenos Aires, 2015, T. II, pp. 316/317.

¹³ AZAR, Aldo Marcelo- OSSOLA, Federico A. “Tratado de responsabilidad civil y comercial”, tomo 3, Responsabilidad civil, Andrés Sanchez Herrero director, La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 445 y ss.

4. LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD DERIVADOS DE LAS NUEVAS CONFIGURACIONES DE OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

De las características esgrimidas en torno al modelo de obligación en las sociedades posmodernas y tecnológicas de la actualidad, es dable inferir dos regímenes de responsabilidades distintos: uno referido a la responsabilidad contractual o negocial de los intermediarios por daños derivados de la lesión al interés de prestación del consumidor y otro referido a la responsabilidad contractual por daños derivados de lesión a intereses del usuario distintos a la prestación. Atendiendo a la naturaleza del servicio prestado y a la causa fin propia y característica del negocio jurídico celebrado es dable ponderar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones principales que asume el proveedor generadas por medios automatizados e informatizados desde una perspectiva negocial. Así las cosas, el proveedor titular del sitio web asumirá obligaciones nucleares vinculadas al servicio que ofrece y, además, una prestación adicional, accesoria y complementaria de aquéllas, consistente en brindar seguridad al consumidor ante el peligro de daño a su privacidad por el uso no autorizado de datos personales.

Concebida de tal modo la cuestión, en el marco de la relación de consumo, se impone una obligación de seguridad de mantener la persona del cocontratante en condiciones de indemnidad, la cual no se cumple cuando el servicio prestado por el intermediario en un entorno virtual o digital como Internet ocasiona un perjuicio a la persona del usuario por haberse violado su personalidad perturbado su privacidad mediante la manipulación y recopilación de datos personales.

Repárese que estamos en presencia de daños denominados extrínsecos¹⁴ porque derivan de la lesión a intereses que no están estrictamente ligados a la prestación que constituye el objeto principal de la obligación, sino a un bien inmaterial que consiste en la protección de la privacidad del usuario que resulta lesionada cuando el titular del sitio web o de la plataforma digital de manera arbitraria viola su privacidad.

Concebida de tal modo la cuestión, la obligación de seguridad es de resultado por lo que su factor de atribución es objetivo fundado en la

¹⁴ PIZARRO, RAMÓN D., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, ob. cit., t. II, p. 493; PIZARRO, RAMÓN D. – VALLESPINOS, CARLOS G., “Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones”, ob. cit., t. II, p. 661.

indemnidad que asume el titular del servicio de no violar la privacidad del usuario por las técnicas de recopilación, almacenamiento y tratamiento de datos personales. En consecuencia, la culpa es absolutamente irrelevante a los efectos de fundamentar la atribución de responsabilidad¹⁵.

Los desarrollos que llevaron a la retracción y subjetivización de la obligación de seguridad a lo largo del siglo XX son irrelevantes en la hora actual, apenas se repare en la irrelevancia absoluta que una noción de culpa, en cualquiera de sus manifestaciones, tiene en las plataformas, aplicaciones y sitios en entornos digitales.

Por otra parte, cabe destacar que la conducta que tiene que desplegar el titular del sitio, plataforma o aplicación digital consistente en mantener indemne al usuario reviste la calidad de ser una causa inmediata con respecto a ese efecto, proyectando sus efectos a la calificación del vínculo como una obligación de resultado.

Si bien esta previsibilidad del resultado consistente en mantener indemne al usuario sigue los parámetros objetivos y abstractos propios de la causalidad, es posible también formular un juicio causal que prescindiera de dicho parámetro objetivo, toda vez que tratándose la relación creditoria gestada entre el titular de la plataforma aplicación o sitio digital y el usuario como de naturaleza contractual, en nuestro orden normativo en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración¹⁶.

En el caso de los contratos y obligaciones que se celebran en entornos digitales las prestaciones principales realizadas en condiciones de indemnidad para los intereses extrínsecos del usuario vinculados a su privacidad, es claramente una condición que de modo directo arriba al resultado en que se cifra la satisfacción de este interés específico. Esto último obedece a la circunstancia de que la indemnidad es una consecuencia

¹⁵ Art. 1722 del Código Civil y Comercial de Argentina- «Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario».

¹⁶ Art. 1728 del Código Civil y Comercial de la Argentina. - «Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento».

previsible para el propio usuario al momento de contratar, quien presupone que sus datos personales no serán objeto de manipulación sin su consentimiento. Tal lo que sucede, por ejemplo, con los datos vinculados a la tarjeta de crédito y la ubicación del dispositivo móvil del consumidor que ingresa a la interfaz de Uber, solicita el servicio de transporte en taxi y paga con su tarjeta de crédito.

Por ello, cuando se asigna a la conducta que tiene que desplegar el titular del sitio, aplicación o plataforma digital, en este caso, el deber de seguridad, la calidad de ser una condición inmediata desde el plano causal porque el usuario la prevé como tal con respecto al efecto perseguido, la conforma como una típica obligación de resultado.

En este punto no cabe afirmar como eximente el otorgamiento de un permiso por parte del consumidor para que, en el marco de una relación contractual, se utilice su información personal como de ordinario invocan Facebook, Twitter, entre otros. Desde nuestra mirada, la progresiva proliferación de maquilladas licencias que los consumidores otorgarían al amparo de términos y condiciones aceptados por un simple click o mediante la mera utilización del sitio no deberían tenerse por convenidas. Las aceptaciones a cláusulas ajenas al sitio digital (*browse-up contracts*) o las adhesiones puestas como condición para continuar con la utilización que importan restricciones a los derechos personalísimos y datos personales (*click-off contracts*) son ineficaces porque no constituyen actos auténticos de voluntariedad por el consumidor, no cumplen los recaudos normativos para el consentimiento a ser dañado o la asunción de riesgos regulados por el sistema argentino y porque carecen de la información cierta, adecuada y legalmente exigida por la ley consumeril para justificar los daños que experimentan los usuarios por guarda, conservación, manipulación, transmisión a terceros, habilitación para uso no autorizado y demás actos lesivos de los derechos personalísimos, atributos de la personalidad y datos personales.

A esa solución se llega además por: i) las notas particulares que tiene el proceso de formación deficiente del consentimiento por parte del consumidor en estas relaciones de consumo, ii) el cumplimiento defectuoso de la obligación de información y iii) la teoría del negocio jurídico indirecto.

En este nuevo marco social, cultural y jurídico, la reformulación de la obligación de seguridad que proteja esos bienes e intereses no patrimoniales e inherentes a la personalidad de los sujetos se impone y se justifica como una prestación de resultado que determina una

responsabilidad objetiva en cabeza del titular del servicio, plataforma, aplicación, programa o entorno virtual que dispone de esos datos como guardianes de los mismos y por lo tanto se constituyen en garantes de la privacidad, confianza e intimidad de quien se los ha provisto.

**RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS Y DE LOS
INFLUENCIADORES EN ENTORNOS DIGITALES. ABORDAJE DESDE
EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DE PROTECCIÓN**

Por S. Sebastián Barocelli¹

I. CONCLUSIONES

1. La protección de los consumidores en los entornos digitales debe al menos ser análoga a la otorgada a las relaciones de consumo entre presentes.

2. El concepto de “consumidor digital” comprende a los consumidores cuyo contrato, en cualquier etapa del íter contractual, se desarrolla en línea.

3. 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 la misma, 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.

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 la misma, 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. 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 la misma, 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

¹ Profesor Titular Ordinario Contratos civiles y comerciales y Derecho Regulatorio del Mercado (USAL). Profesor Adjunto Regular Derecho Civil y Contratos (UBA) Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho de los Contratos (UNDAV).

fijación de tarifas, la gestión de sistemas de calificación y la facultad de disposición de sanciones, entre otras.

6. 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 la misma, 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.

7. Las autoridades públicas deben asumir un rol fundamental en la regulación y el monitoreo de los mercados digitales en pos de la protección de los consumidores, en particular en lo relativo a la tutela de la información, la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, las condiciones de atención y trato digno y equitativo, la libertad de elección, la confianza y el acceso a vías eficaces de prevención y resolución de conflictos.

8. La regulación normativa en la materia que propone el proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores resulta adecuada.

II. FUNDAMENTOS

1. IMPACTOS DE INTERNET EN EL MERCADO DE CONSUMO.

Internet ha marcado un antes y un después en nuestras vidas, proyectando sus incidencias en lo económico, político, social y cultural. Esas incidencias también están presentes en el mercado y las relaciones de consumo.

Los entornos digitales han contribuido a profundizar el carácter anónimo, despersonalizado, masificado, tecnificado y globalizado del mercado de consumo. Esto ha traído muchas ventajas, como las facilidades de acceso de actores a la oferta y demanda de bienes y servicios, mejorar la competencia, acelerar los tiempos, disminuir costos y barreras geográficas y temporales y mayor personalización y adaptación de los bienes y servicios comercializados; sin embargo, también ha traído nuevos desafíos a los consumidores: problemas en la identificación de con quién o quiénes interactúa como proveedores, su ubicación geográfica, mayores riesgos y peligros en materia de seguridad y protección de datos personales, exposición a nuevos tipos de fraudes y prácticas ilícitas, entre otros.

2. RELACIONES DE CONSUMO DIGITALES.

Por entornos digitales entendemos el conjunto de canales, plataformas y herramientas que disponen los proveedores de bienes y servicios para tener presencia en internet y desarrollar sus actividades, sean estos propios (páginas web, correos electrónicos, aplicaciones, tiendas en línea, blogs, landing pages, etc.) o de terceros (redes sociales, publicidad digital, influencers, contenidos virales, sistemas de reseña, marketing en motores de búsqueda, etc). Dicha relación de consumo en el entorno digital, como toda relación de consumo, tendrá dos polos: consumidores y proveedores.

3. CONSUMIDORES DIGITALES.

Entendemos por “consumidor digital” 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. 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). 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 descripto, 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;

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

3) Aquellas operaciones en la que las prestaciones son bienes o servicios digitales;

4) Aquellas operaciones en la que las prestaciones son bienes con contenido digital;

5) Aquellas circunstancias del contrato, distinta 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 supuestos en los que la etapa “poscontractual” se desarrolló en línea;

8) Aquellos supuestos en 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.

4. EN BUSCA DEL PROVEEDOR

En relación a la perspectiva del proveedor, debemos tener presente las directrices de los arts. 2 LDC y 1.093 CCC, por lo que todos los sujetos que intervienen en la cadena de valor quedarán comprendidos en dicha categoría.

En muchas ocasiones identificar quién o quiénes son los sujetos que actúan detrás de las plataformas o aplicaciones y que rol desempeñan en las operaciones se vuelve confuso o poco transparente¹. Por ejemplo, ante la proliferación en redes sociales de “manteros virtuales”.

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;

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 donde pueden diferentes sujetos ofrecer y demandar diferentes bienes o servicios, bajo diferentes modelos de negocios, como los portales eBay o Mercado Libre o las denominadas “economías colaborativas”

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: “proveedor organizador”;

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

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 propio, 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 descriptos podemos colegir que dichos organizadores son propiamente proveedores en los términos del art. 2 LDC y 1.093 CCC. Es más muchas veces, frente a otros sujetos intervienen en la cadena de comercialización, el organizador detenta muchas veces 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 los mismos 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. 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. 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 empresaria, 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 empresa o hacer de ello su profesión habitual;
- 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 riesgo 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). 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 de sujetos profesionales y sujetos no profesionales.

5. 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 y que en las relaciones de consumir digital la vulnerabilidad del consumidor se ve acentuada, es que concluimos que las mismas normas, principios e intuiciones del Derecho del Consumo cara a cara se aplican a las relaciones de consumo digitales, sin necesidad de reglas especiales.

Al respecto entendemos que podemos distinguir diferentes situaciones:

A) Obligación de seguridad. Este incumplimiento puede obedecer a causas propias de la plataforma (cuestiones de seguridad de la página web o aplicación, filtraciones de datos personales, fraudes, procesamiento duplicado de pagos, “caídas del sistema”) como de los respecto de bienes o servicios oferados en las mismas o por hechos de los proveedores reales (productos ilícitos o peligrosos).

B) Incumplimientos de obligaciones contractuales o de fuente legal por parte de los proveedores. Aquí pueden comprenderse tanto incumplimientos tanto del proveedor-organizador (publicación de contratos, botones o informaciones obligatorias, negativa a identificar a los proveedores reales etc.) como respecto de los hechos de proveedores reales (fraudes marcarios, productos apócrifos o falsificados, incumplimientos en la entrega de productos, prestación de servicios deficiente, incumplimiento del trato digno y equitativo, de la obligación de informar, entre otros)

C) Garantías: conforme los art. 11 a 18 de la LDC en el caso de cosas muebles no consumibles, y los art. 23 y 24 hace lo propio en materia de servicios.

D) Daños por la cosa o el servicio. En estos casos resulta aplicable la disposición del artículo 40 de la LDC. Se establece así un factor de atribución objetivo y una responsabilidad solidaria de toda la cadena de comercialización. En efecto, el art. 40 impone una legitimación pasiva amplia entre todos los componentes de la cadena de comercialización, por ejemplo, la intermediación virtual.

E) El factor de atribución objetivo de la responsabilidad puede fundamentarse también en la confianza y en entender a internet como una actividad riesgosa. Respecto del factor confianza algunos fallos lo han encuadrado de esa manera; otros lo han encuadrado en el riesgo de actividad.

F) Daños punitivos. 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.

G) También resultan interesante la aplicación de otros institutos, como:

1) Conexidad contractual. El instituto de la conexidad contractual es gran relevancia en las relaciones de consumo digitales. Como relatábamos anteriormente, en las operaciones en línea pueden 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 arts. 1.073 a 1.075 y 1.122 y concordantes del CCC, se aplicarán las reglas de interpretación intercontractual y efecto intercontractual en relación al 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. 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 art. 37 LDC, 988, 1.109 y concordantes del CCC.

6. ROL DE LOS INFLUENCIADORES Y RESPONSABILIDAD.

La actividad de los influenciadores constituye una forma de publicidad cuando dichos mensajes obedecen a una contraprestación en dinero o especie de parte de proveedores de bienes y servicios. Por consiguiente, dichos mensajes están comprendidos en las regulaciones en materia publicitaria.

Resulta también necesario que los influenciadores dejen en claro al promocionar productos o servicios, si se les ha pagado o han recibido algún regalo u otro beneficio relacionado la promoción que estén haciendo.

Asimismo, cuando los influenciadores perciben comisiones o participan de las ganancias de las actividades que promueven o difunden deben ser considerados proveedores y estar comprendidos en el régimen de responsabilidad administrativa y responsabilidad por daños del sistema de protección de consumidores.

7. POLÍTICAS PÚBLICAS.

Las autoridades públicas deben asumir un rol fundamental en la regulación y el monitoreo de los mercados digitales en pos de la protección de los consumidores, en particular en lo relativo a la tutela de la información, la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, las condiciones de atención y trato digno y equitativo, la libertad de elección, la confianza y el acceso a vías eficaces de prevención y resolución de conflictos.

Al efecto resulta especialmente necesario monitorean diferentes sectores de actividad y grandes eventos de comercio electrónico, realizando un ejercicio de sweep o barrido de páginas web, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa vigente y analizar posibles prácticas o cláusulas abusivas. La metodología del sweep es recomendada por organismos internacionales como la OCDE o la Red ICPEN. Las ventajas de realizar este tipo de barridos radican en:

1) Poder mejorar la conducta del mercado demostrando que existe una fiscalización en línea por parte de organismos que protegen a las y los consumidores.

2) Facilitar acciones por parte de las agencias de protección a través de la información relevada por el barrido.

3) Educar a las y los consumidores de los riesgos que se generan en internet mediante la divulgación de la información a través de distintos medios.

8. REGULACIÓN DE LA MATERIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DEFENSA DE LAS Y LOS CONSUMIDORES.

El proyecto de Código de Defensa de las y Consumidores, en sus diferentes versiones, proyecta el tema bajo dos grandes fórmulas:

Fórmula 1: Según el artículo 73 del anteproyecto, la exención de responsabilidad del operador electrónico solo será posible si no desempeña un rol activo y no genera confianza en el consumidor. Las excepciones son: participación activa o generar una confianza significativa en el consumidor. Esto ubica la responsabilidad dentro de un marco subjetivo, aunque sugiriendo aplicaciones de la responsabilidad objetiva en virtud de la confianza o la conexidad contractual.

Fórmula 2: Propone responsabilidad objetiva, basada en la confianza y el riesgo de actividad, con eximentes limitadas. Requiere que los operadores digitales respondan objetivamente por daños causados, como defectos de seguridad o filtraciones de datos. Esto sigue la jurisprudencia mayoritaria, enmarcando al proveedor como agente económico en la cadena de valor y estableciendo responsabilidad objetiva basada en la actividad económica y la conexión contractual.

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL USO DE PLATAFORMAS
DIGITALES. UN ENFOQUE DESDE EL DERECHO CIVIL URUGUAYO
Y ARGENTINO**

Por Daniel J. Bonino¹ y Nicolás Pallás²

I. CONCLUSIONES

1. Pese a las diferencias de régimen, las legislaciones de Argentina y Uruguay tienden a reconocer y garantizar a los consumidores en plataformas digitales un grado de protección que, en ningún caso, es inferior al otorgado a consumidores en entornos físicos (presentes).

2. Todos los participantes de la cadena, hasta llegar al consumidor, son responsables en forma objetiva también de los daños causados en las plataformas digitales. El fundamento de dicha responsabilidad se basa en el riesgo de la actividad, la protección de la confianza en el sistema de relaciones de consumo y la conexidad contractual.

Esto incluye, de *lege lata*:

- A los organizadores o titulares de las plataformas; porque, aun cuando no tuviesen una relación directa con el bien, servicio o personas que es causa inmediata del daño, son causa mediata y necesaria. Son responsables por su rol de diseño, de control técnico del funcionamiento de la plataforma, del registro de usuarios, de establecimiento de términos y condiciones y de modalidades de entrega y pago, entre otras facultades. En muchos casos, la persona adquiere el producto teniendo en consideración más a la plataforma que al propio vendedor o fabricante.

- A los *influencers* que recomiendan/publicitan productos mediante redes sociales que causan daños; los que son responsables

¹ Miembro titular. Profesor Asociado de Derecho Privado II (Obligaciones), de la Carrera de Abogacía, de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Río Cuarto. Maestrando de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

² Miembro asistente. Profesor Ayudante de Obligaciones, Responsabilidad Civil y Contratos Especiales en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Maestrando de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

solidariamente con el titular de la plataforma por lo previsto en los art. 10 bis, 11 y 40 de la Ley 24.240 (en Argentina) y mediante una posible interpretación extensiva de los artículos 24 y 34 de la Ley 17.250 y el art. 1319 del Código Civil (en Uruguay).

3. Para mantener esa tendencia, propiciar *de lege ferenda*:

- En Argentina, adoptar una regulación sistemática y adecuada de la responsabilidad derivada de la relaciones de consumo en general, y las digitales en particular, tomando como base los antecedentes que resultan de los anteproyectos de reforma de la legislación consumeril, que postulan un responsabilidad solidaria y objetiva, con fundamento en el riesgo de la actividad, la protección de la confianza, como en la conexidad contractual.

- En Uruguay, modificar la Ley 17.250 de forma que ingresen expresamente los organizadores de plataformas digitales transaccionales y no transaccionales, y los *influencers* como responsables civiles por daños.

- En ambos países, prever un marco normativo que contemple un código de buenas prácticas de los *influencers* para que, en caso de recomendaciones publicitarias, quede claro cuál es la contraprestación que han recibido por dicha publicidad, y que establezcan el deber de desenvolver su actividad de buena fe, prescindiendo en todo momento de brindar información errónea o fraudulenta que redunde en prácticas nocivas y poniendo especial énfasis en la protección los derechos de los usuarios o consumidores en los entornos digitales, que los hacen hipervulnerables, y dignos de una mayor tutela jurídica.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La prestación de bienes y servicios a través de internet ha cambiado la forma de la contratación moderna. Y las plataformas digitales son su modelo nativo central.

Buscar información, productos o servicios, pagar esos productos o servicios (u otros), comunicarse, contactarse, o simplemente pasar un buen rato leyendo un libro, escuchando música o viendo una serie o película. Para cada una de estas actividades, existe una o varias plataformas que conectan a la persona con la necesidad.

El consumidor en los entornos digitales es un consumidor hipervulnerable en virtud del hecho técnico insuperable y predeterminado por el proveedor y las plataformas, donde se dificulta el cumplimiento de la obligación de información, y que se presenta como una actividad intrínsecamente riesgosa y susceptible de generar de daños irreparables³.

Hay muchas formas de definir a las plataformas digitales, en virtud de las distintas disciplinas en las que estas participan. CEPAL⁴ las define por su objetivo central: facilitar intercambios. Así, y siguiendo las conclusiones de la consultora Gartner⁵, podemos dividir a las plataformas en aquellas de tipo “transaccional”, que son las que conectan usuarios con productos, facilitan la realización de transacciones y permiten a las empresas compartir información para fortalecer la colaboración o la innovación en productos y servicios; y aquellas de tipo “no transaccional” como las redes sociales o las redes que conectan directamente personas y, ulteriormente, también con eventuales patrocinadores.

³ BAROCELI SERGIO SEBASTIÁN “*La protección de los consumidores en entornos digitales. Aportes para una teoría general*”, Libro Digital “*La defensa de los y las consumidores en entornos digitales*” F. D. UBA. Buenos Aires 2023.

⁴ DA SILVA, Felipe y NÚÑEZ, Georgina “*Una plataforma digital es un modelo de negocios habilitado por la tecnología que crea valor al facilitar intercambios entre dos o más grupos interdependientes.*” en “*La era de las plataformas digitales y el desarrollo de los mercados de datos en un contexto de libre competencia*”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021.

⁵ GARTNER INC. 2017 CIO Agenda Report: *Seize the Digital Ecosystem Opportunity*, publicado en <https://www.gartner.com/en/documents/3478517>



De esta manera, el concepto de conexión está en el centro de la plataforma digital. En un mundo más conectado y con mayor interacción entre sujetos, las posibilidades que se causen daños aumentan. Más sujetos, más derechos y, naturalmente, más daños.

La creciente digitalización que experimentamos, apenas en sus albores, conlleva una transformación paradigmática que trasciende el ámbito del derecho del consumidor para afectar al entramado legal en su conjunto. La irrupción de tecnologías derivadas de la Cuarta Revolución Industrial, como la inteligencia artificial, el internet de las cosas y las plataformas de economía colaborativa, multiplican los riesgos para los individuos. Esto subraya la urgencia de establecer marcos normativos robustos que salvaguarden a los tradicionalmente desprotegidos: los consumidores, y más aún, a aquellos en situación de hipervulnerabilidad, como los usuarios adultos mayores o con limitaciones en el acceso a la tecnología.

El objetivo de este trabajo es analizar las experiencias actuales argentinas y uruguayas en materia de responsabilidad civil por daños causados en estas plataformas digitales, de modo de ver qué puntos tiene resueltos la normativa y cuáles no. Específicamente, desde dos distintos ángulos en que dichos daños pueden causarse:

La responsabilidad civil de la plataforma en caso de daños causados al consumidor en entornos digitales por el servicio o el producto mismo adquirido a través de la plataforma; y

La responsabilidad civil de terceros que recomiendan o influncian (*influencers*) a consumidores para la utilización de plataformas que luego les causan daños.

2. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

a) *El marco jurídico de las relaciones de consumo digitales*

Los usuarios de redes sociales —y de plataformas digitales en general— son, a su vez, consumidores, según la definición legal prevista en el art. 1 Ley 24240, y sus modificatoria y art. 1092, parr. 2º, CCCN.

Ello importa que todo el sistema argentino tuitivo de jerarquía constitucional y legal, previsto en defensa del consumidor, se aplica a la relación jurídica que se establece entre las plataformas (proveedores) y los usuarios digitales, bajo las siguientes pautas:

Los consumidores en los entornos digitales tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos y a la libertad de elección.

Los proveedores y las plataformas digitales tienen el deber de informar al consumidor de forma cierta, clara y detallada respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen.

Los proveedores deben garantizar un trato digno y no abusivo, y no pueden recurrir a una publicidad digital, por sí o por intermediarios, que contenga indicaciones falsas que induzcan o puedan inducir a error o que sea abusiva, discriminatoria o motive al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud, seguridad y dignidad personal (arts. 42, CN; 4º, 5º, 6º y 8º bis, ley 24.240 de Defensa del Consumidor; y 1097, 1100 y 1101, C. C. C.).

HERNÁNDEZ enfatiza que las relaciones de consumo digitales en la Argentina también están alcanzadas por normas universales y regionales, que expresan modelos de *soft law*, que van describiendo, al menos en algunos tópicos, la agenda actual en esta materia ("Directrices para la Protección del Consumidor" de Naciones Unidas y la res. 37/2019 del Grupo Mercado Común del Mercosur, sobre "Protección al consumidor en el comercio electrónico", vigente en Argentina por la res. 270/2020 de la

Secretaría de Comercio Interior)⁶. Allí se plasman principios o directrices que los Estados deben observar, tales como: a) la tutela del consumidor digital nunca puede ser inferior a la otorgada en otras formas de comercio, b) la protección de la privacidad, c) el derecho de ser informado sobre la identificación del proveedor, d) educación en materia de entornos digitales y e) la tutela de la confianza.

Como dijimos anteriormente, en Argentina no puede omitirse a la ley 24.240 (LDC) —con sus reformas—, como tampoco al valioso aporte del Código Civil y Comercial, especialmente al incorporar una regulación detallada sobre la tutela de los derechos personalísimos (art. 51 y ss.), la relación de consumo (arts. 1092 y ss.), el contrato de consumo (arts. 1093 y ss.), y los contratos a distancia (arts. 1105 y ss.), la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1710 y ss.), como la responsabilidad por actividades riesgosas de neto corte objetivo, donde están comprendidos los daños derivados del uso de plataformas digitales como de la actividad algorítmica de los proveedores digitales.

b) La responsabilidad de los proveedores y de las plataformas digitales en el Derecho argentino

En lo que atañe a la responsabilidad por daños derivados de la relación de consumo digital, si bien no existe en Argentina una regulación normativa específica, los casos se han resuelto mediante la aplicación del marco tuitivo antes referenciado (LDC y CCCN), los que aseguran al consumidor digital un grado de protección al menos equivalente al comercio “analógico” o cara a cara.

Al respecto, pueden distinguirse diferentes situaciones:

1) *Función preventiva de la responsabilidad derivada del entorno digital*: La acción preventiva, contemplada hoy por el art. 1711 del CCCN resulta la herramienta adecuada para evitar o cesar conductas dañosas en el entorno digital.

2) *Incumplimientos de obligaciones por parte de los proveedores*: El artículo 10 bis de la LDC faculta al consumidor a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro

⁶ HERNÁNDEZ, CARLOS A. *El derecho del consumidor y los entornos digitales*. SJA 14/07/2021, 4 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1656/2021

producto o 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, y las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

3) *Daños en las cosas y en los servicios*: artículos 11 a 18 y 23 y 24 de la LDC;

4) *Daños por la cosa o el servicio*: El art. 40 LDC prevé un factor de atribución objetivo y una responsabilidad solidaria de toda la cadena de comercialización, imponiendo una legitimación pasiva amplia que puede abarcar la intermediación virtual. El riesgo, el vicio, la garantía y la seguridad se potencian en el terreno de las relaciones de consumo, ante la necesidad proteger al sujeto que adolece una debilidad estructural agravada por el entorno digital. El factor de atribución objetivo puede fundamentarse también en la confianza y en considerar como riesgosa la actividad de las plataformas digitales, conforme art. 1724 y 1757, del CCCN.

5) *Daños punitivos*: Están regulados en el artículo 52 bis de la LDC, y por su rol disuasivo y sancionatorio, juegan un rol fundamental para desalentar prácticas en grave desprecio de los derechos consumeriles en el entorno digital.

6) *Conexidad contractual*: Para discernir la responsabilidad civil derivada de relación de consumo digital, es de aplicación el instituto de la conexidad contractual y sus reglas hermenéuticas (art. 1073, 1075 y 1122 y conc, del CCC). En las operaciones en línea puede conjugarse la actuación de diferentes actores, con diferentes vínculos entre sí y el consumidor digital (organizadores de plataformas, *influencers*, proveedores de bienes de servicios, de sistemas de pago, de entrega, de calificaciones, etc.).

7) *Cláusulas abusivas*. El control de contenido de las cláusulas abusivas es otra cuestión de interés en las relaciones de consumo digitales, fundamentalmente aquellas referidas a la autorización de uso de datos personales, prórroga de jurisdicción, eximición o limitación de la responsabilidad, o renuncia de derechos de los consumidores, de conformidad con los arts.37 LDC, 988, 1109 y cc. del CCC.

c) *Jurisprudencia en materia de responsabilidad por daños derivada del uso de plataformas digitales*

OSSOLA destaca que se discute con vehemencia, a nivel doctrinario y jurisprudencial, la responsabilidad de las plataformas de compraventa de

bienes y servicios existiendo en fallos y posicionamientos abiertamente contrapuestos⁷.

Por un lado, se sostiene que cuando las plataformas se limitan a ofrecer el servicio de *hosting* para que el proveedor pueda celebrar el contrato con el consumidor digital, asumiendo un papel neutro en la operatoria, no responden por los daños derivados del producto o el servicio comercializado en la plataforma⁸, por lo que no le es aplicable el art. 40 de la LDC. Solo se responsabilizan a las plataformas cuando participan de una publicidad digital errónea de datos del producto o servicio comercializado por el proveedor.

Otra corriente jurisprudencial sostiene lo contrario, diciendo que la plataforma digital no está excluida de la categoría de proveedor, de manera que está obligada frente a quien adquiere bienes o servicios a través del portal, hasta el momento mismo en que éste haga efectiva la prestación que le es debida, de manera que responderá en caso de que la prestación no llegue a cumplirse, sin perjuicio de conservar para sí las acciones de regreso, contra todas las personas que participaron en el acto jurídico⁹. Se consagra en esta doctrina judicial una responsabilidad fundada en el factor objetivo. 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. El hecho de no ser ni propietario ni poseedor de los productos que se comercializan en su espacio virtual, no exime a la plataforma interviniente de responsabilidad, como tampoco quedaría eximido un distribuidor comercial que vende productos que previamente debe adquirir, sea o no propietario de esos bienes.

⁷ OSSOLA FEDERICO, “*Relación de consumo y factor de atribución de la responsabilidad del proveedor. Un debate que sigue abierto*”, Suplemento Especial El Derecho XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “*RETROSPECTIVA, PROSPECTIVA E IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A 30 AÑOS DE LA LEY N° 24.240*”, Buenos Aires, 2023, p. 54.

⁸ CNCom., sala D, 22/03/2018, “*Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario*”, LA LEY 2018-B, 526;

⁹ CNCiv., sala K, 05/10/2012, “*Claps, Enrique Martín y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios*”, RCyS 2013-VI, 62, TR LALEY AR/JUR/55788/2012

d) La responsabilidad de los influencers en los entornos digitales en Argentina

No existe regulación normativa que regule la actividad de los *influencers* en las redes sociales o plataformas en la República Argentina.

Estos protagonistas son parte del entramado de la publicidad digital y le son aplicables el régimen tuitivo del derecho del consumidor, frente a los daños que se puedan derivar del uso indebido de las redes sociales para realizar anuncios publicitarios.

Asimismo, y tal como lo postula Nazar Anchorena¹⁰ el problema que plantea la actividad de los *influencers* en las publicidades digitales es una cuestión exclusivamente vinculada con la publicidad encubierta, y existen normas específicas dentro del dec. 274/2019 de Lealtad Comercial (arts. 9° y 10, incs. a y b), que le podrían resultar aplicables toda vez que algunos de los actos que se les reprochan a estos sujetos, como ser la falta de indicación de que las sugerencias que realizan en sus contenidos publicados en redes sociales consisten en una publicidad paga, bajo ciertas condiciones, podrían ser reputados como actos de competencia desleal.

La problemática que presenta la publicidad digital no se agota en la afectación de un sujeto, el consumidor, en una relación de consumo, sino también derechos de competidores y el correcto funcionamiento de los mercados, todos bienes jurídicos tutelados por el dec. 274/2019 de Lealtad Comercial.

e) Necesidad de un tratamiento jurídico adecuado: proyectos de reformas de la legislación consumeril argentina.

Frente a los permanentes cambios que causan los hechos tecnológicos, las respuestas legales del derecho argentino vigente son particularmente insuficientes, lo que exige jerarquizar el rol de los principios y el dialogo de fuentes a fin de adoptar soluciones circunstanciadas.

Las tecnologías incorporadas por la Cuarta Revolución Industrial intensifican los riesgos a los cuales están expuestas las personas, motivo por

¹⁰ NAZAR ANCHORENA, MARCOS F. L., *La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley* LA LEY 16/09/2020, 1, AR/DOC/2675/2020

el cual se necesitan nuevas normas que fortalezcan y protejan consumidores que el contexto digital, que los califica como hipervulnerables.

De *lege ferenda*, se propicia una regulación sistemática, específica y adecuada de la responsabilidad derivada de la relaciones de consumo, en general, y las electrónicas en particular, tomando como base los antecedentes que resultan de aquellos anteproyectos de reformas de la legislación consumeril, que postulan una responsabilidad objetiva y solidaria de los proveedores, plataformas y operadores digitales, con fundamento en el riesgo de la actividad, la protección de la confianza, como en la conexidad contractual¹¹.

3. LA SITUACIÓN EN URUGUAY

La responsabilidad civil en el derecho uruguayo tiene dos regímenes bien marcados: el del Código Civil de Narvaja, con una clara distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, y una esencia fundada en la culpa. Y el de la Ley 17.250 de relaciones de consumo, con una unificación completa y una profunda aspiración a la responsabilidad objetiva.

Sin perjuicio de la antigüedad del Código (las normas de responsabilidad civil se mantienen desde 1868), el sistema ha sido influido por buena parte de la doctrina y la unanimidad de la jurisprudencia hacia el acogimiento de las obligaciones de medios y de resultados. Al mismo tiempo, junto al sistema paritario y al sistema de consumo, se han dado otras específicas y modernas regulaciones en materia de responsabilidad civil para distintos temas: alquileres, usura, protección de datos, etc.

Pese a esto, la realidad sigue avanzando y la multiplicación de orígenes de daños no siempre es recogida en forma. Una de las fuentes que aún no tiene normativa en el Uruguay es la causación de daños en plataformas digitales.

¹¹ El proyecto llamado “Código de Defensa del Consumidor” (Expte. 3143-D-2020, T.P. N°73 HCDN), suscripto por los diputados Alfredo Cornejo, Diego Mestre, entre otros, propicia la siguiente regulación “Art. 73. *Portales de venta, subasta on line u otros. Los operadores electrónicos o digitales responderán de manera objetiva, con fundamento en las reglas de la confianza y de la conexidad contractual. Para las eximentes, resultarán aplicables las previstas en los arts. 1729 a 1733 del C.C.yC.*”, <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>

Pero no porque el legislador no las recoja en general. El legislador uruguayo ha avanzado fuertemente en la regulación de las plataformas digitales en su vida cotidiana. De hecho, las plataformas digitales han sido recogidas en múltiples materias: tributarias, bancarias, administrativas para autorizaciones y licencias, laborales, previsionales. Podría decirse que la responsabilidad civil en sede de consumo es de las pocas áreas de las plataformas digitales que no tiene norma expresa.

Hay, a nuestro juicio, una noción sistémica de la responsabilidad civil donde el legislador (con buen criterio, en la mayoría de las veces) prefiere no tocar de más para no afectar ese sistema. Y hay un convencimiento de que el régimen general, más el de consumo cuando corresponda, suele ser suficiente para resolver los problemas que se presenten.

Sin embargo, entendemos que el sistema uruguayo no da precisa respuesta a dos puntos esenciales: a) el tipo de responsabilidad que se le aplica al organizador de la plataforma en caso de que se presente un daño; y b) si es posible de responsabilidad quien recomienda una plataforma que causa daños.

a) *La responsabilidad “directa” por daños causados por bienes o servicios adquiridos mediante las plataformas.*

A medida que el consumidor promedio opta por adquirir cada vez más bienes y servicios en forma online, las legislaciones mundiales acompañan esa tendencia brindándole al consumidor “digital” un nivel de protección similar que al consumidor entre “presenciales”. El objetivo es que el desequilibrio estructural natural entre el proveedor y el consumidor no se vea agravado por el hecho que el consumidor no tenga cara a cara el producto, ni a su proveedor. Incluso más: tratándose de productos y servicios que se adquieren a través de las plataformas, al momento de contratar el consumidor no tiene siquiera trato directo con el proveedor “principal”.

La Ley 17.250, aun cumpliendo casi un cuarto de siglo¹², buscaba esa protección en dos momentos claves: al perfeccionar el contrato, con su

¹² Decreto 167/021 Poder Ejecutivo nacional, que incorpora al régimen uruguayo la Resolución N° 37/19 del Grupo Mercado Común del Mercosur, denominada “*Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico*”.

art. 16¹³ que le otorga el derecho de arrepentimiento; y, en el caso que nos compete, al ejecutar el contrato, con su art. 34¹⁴, que le impone responsabilidad a toda la cadena comercial (fabricante y distribuidor), independientemente de si el consumidor puede o no identificarlos.

El centro de la norma está en la existencia de un vicio o riesgo de la cosa. En palabras del Prof. MARÍÑO, el vicio “*es el defecto padecido por un producto o servicio, utilizado en forma racional, que origina un daño al consumidor o usuario*”, en tanto el riesgo “*es el alea de producción de un daño por el defecto de un producto o servicio. Riesgo y daño son anverso y reverso de una misma moneda. El riesgo no produce el daño; el daño lo produce el producto o servicio como consecuencia de un defecto*”.¹⁵ Cuando existe vicio o riesgo de la cosa que causa daños en el consumidor, conforme el citado artículo 34 todos los participantes son responsables.

Ahora bien, esta normativa fue creada pensando en una relación única entre proveedor y consumidor. Sea virtual o presencial; pero solo entre ellos dos¹⁶. Al igual que en el derecho argentino, no hay duda que la adquisición mediante la plataforma digital ingresa dentro de la ley de relaciones de consumo, al incorporar este tercer participante que ingresa directamente a la relación de consumo. El que, sin ser el proveedor tradicional, en los casos de *Marketplace*, también contrata con el consumidor final.

¹³ *La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, "ipso-jure" el contrato. El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente.*

¹⁴ *Si el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio resulta un daño al consumidor, será responsable el proveedor de conformidad con el régimen dispuesto en el Código Civil. El comerciante o distribuidor sólo responderá cuando el importador y fabricante no pudieran ser identificados. De la misma forma serán responsables si el daño se produce como consecuencia de una inadecuada conservación del producto o cuando altere sus condiciones originales.*

¹⁵ MARÍÑO LÓPEZ, Andrés *Responsabilidad por daños en el Derecho del Consumo*, pág. 663.

¹⁶ La existencia de fabricantes y distribuidores no modifican este hecho: el consumidor solo se relaciona con el proveedor.

Así las cosas, cuando ocurre un daño causado por un bien o servicio defectuoso que se adquirió mediante la plataforma, el organizador de la plataforma suele plantear dos defensas para excluir su responsabilidad: primero, aduce ser meramente un intermediario. Es decir: si el producto o servicio es defectuoso, será responsabilidad del verdadero proveedor. Segundo, si esta defensa fallare, aducirá su ausencia de culpa. Dirá y acreditará que actuó con toda la diligencia media para concertar al consumidor y proveedor, chequear que el proveedor brinde habitualmente productos y servicios no defectuosos, y que, en el caso, no hay nada más que la plataforma pueda hacer para evitar esos daños.

Si bien es cierto que el art. 34 solo menciona al fabricante-importador y al distribuidor-comerciante como responsables solidarios con quien resulte efectivamente el proveedor por daños en materia de consumo, no es menos cierto que la intención del legislador del 2000 era incorporar a toda la cadena comercial. Y la cadena comercial habitual del 2000 era fabricante, importador-distribuidor, comerciante-proveedor.

La interpretación evolutiva de la norma que incluya a la plataforma digital donde se adquiere el producto es pertinente y necesaria. Aun cuando fuere conveniente de *lege ferenda* una inclusión expresa de las plataformas digitales en la norma antes citada, la doctrina ha sido unánime en cuanto a que forman parte de la cadena comercial.¹⁷

Sería realmente un contrasentido que el distribuidor del producto que es vendido mediante una plataforma sea responsabilizado por daños y la propia plataforma no. Máxime cuando en la realidad ¿con quién contrata el consumidor? ¿Buscando cuál respaldo contrata el consumidor? Incluso en muchos casos, el consumidor no sabe quién es el vendedor hasta el propio momento de comprar, ya que la plataforma quiere evitar que el consumidor lo “salteé” y contrate directamente (Marketplace).

La naturaleza de la responsabilidad es de corte objetivo, por lo que la plataforma tampoco podrá aducir diligencia en su relación con el proveedor del producto o servicio para exonerarse de los daños. Si bien el

¹⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXVI*, pág. 87; SZAFIR, Dora, *Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.250*, pág. 431; y BERDAGUER, Jaime, *La responsabilidad civil en la Ley de Relaciones de Consumo*, pág. 451. No hay sentencias relevantes puesto que los casos suelen resolverse internamente en las plataformas o en sede administrativa (área de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Finanzas).

Anteproyecto original de nuestra Ley de Relaciones de Consumo lo decía expresamente, y luego este texto fue modificado, se entiende que la norma, al regular el daño causado por “riesgo o vicio de la cosa”, incorpora, al menos, la teoría del riesgo peligro. Señala en Argentina FURUNDARENA como fundamento de esta teoría que: “*este tipo de sitios introducen al mercado un servicio de un gran valor, utilidad e importancia como nos ha demostrado la experiencia, pero que comporta una nueva forma de riesgo. El mismo consiste en la proliferación de ámbitos propicios para la comisión de fraudes, violentándose así los derechos de sus usuarios, quienes amparados en la confianza que le generan dichos sitios deciden utilizar sus servicios. Estos nuevos medios de hacer negocios en el mundo virtual importan para sus operadores un gran beneficio económico gracias a la reducción de gastos operacionales generados a partir de la utilización de este medio. Como contrapartida de esto, deben soportar las consecuencias de los daños que sufran sus usuarios con motivo del servicio prestado*”.¹⁸

Aun sin tener institutos generales, como existen en Argentina que podrán ser muy útiles, como el riesgo-provecho o un concepto más extendido de guardián, hay una calidad de garante del proveedor y el resto de la cadena que le impone, en palabras del Prof. BERDAGUER¹⁹, una obligación legal (de resultado) consistente de fabricar productos inocuos.

En conclusión, las plataformas digitales ingresan en la extensión del art. 34 de la Ley 17.250 y son responsables objetiva y solidariamente (con el proveedor, fabricante e importador) de los daños que se le cause al consumidor.

b) Responsabilidad de otros participantes por daños causados en el uso de las plataformas

Como hemos dicho, en el último tiempo han proliferado en ambos márgenes del Río de la Plata los *influencers*. La cuestión de determinar su eventual responsabilidad cuando los productos y servicios que recomiendan

¹⁸ FURUNDARENA, Mariano D. “*La Responsabilidad de los Sitios de Intermediación Online frente a los Consumidores*”, Publicado en Revista Erreiis (Plataforma Digital), Julio 2018, *Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor*.

¹⁹ BERDAGUER, *La responsabilidad civil en la Ley de Relaciones de Consumo*, pág. 414.

causan daños al consumidor tampoco tiene en Uruguay norma específica alguna.

Sin perjuicio de ello, puede verse el caso desde las normas generales del Código Civil en materia de responsabilidad. Allí, la actuación del tercero que, de algún modo, induce a contratar con resultado dañoso, se incluía dentro de la tutela aquiliana del crédito como dolo del tercero. Puesto que el dolo que viciaba el contrato con resultado nulidad es una hipótesis reservada al co-contratante²⁰, el dolo del tercero se resuelve en daños y perjuicios según las normas generales de la responsabilidad civil²¹.

Si se analiza el prisma habitual de responsabilidad civil no hay duda de que estaremos ante un hecho dañoso. Tampoco hay duda del factor de atribución objetivo al estar en sede de Consumo. Y hay un evidente nexo causal entre la actuación del tercero que recomienda la contratación y los daños causados por la contratación misma. Naturalmente, que la participación del tercero *influencer* es menor que la del proveedor y la plataforma que causan el daño; pero, al menos, estamos un supuesto de pérdida de chance por agravamiento del daño. Es decir, si el *influencer* no hubiera recomendado el producto, quizás el consumidor no hubiese llegado al mismo.

La cuestión diferencial entre Uruguay y Argentina en esta materia radica en la necesidad del hecho ilícito. Conforme el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, a grandes rasgos, la antijuridicidad esta signada por un daño no justificado; mientras que, en el 1319 del Código Civil Uruguayo, la antijuridicidad está marcada por la ilicitud de la conducta. En otras palabras: en Uruguay nos será más difícil imputar responsabilidad al que recomienda, puesto que podrá ampararse en la licitud de la expresión de una recomendación y en el desconocimiento de la potencialidad dañosa del producto o servicio recomendado.

Es, en este punto, necesaria una reforma legislativa que incluya expresamente en la cadena de responsables a quien realice una actividad que

²⁰ Art. 1275 inc. 2 del Código Civil: "...palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, fuese inducido el otro."

²¹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXVI*, p. 161. Los Profesores Caffera y Mantero llegan al mismo resultado a través de la "*Incidencia dañosa por inducción positiva a contratar*" dentro de la tutela aquiliana del crédito en fase genética. CAFFERA, Gerardo y MANTERO, Elías *Protección extracontractual del crédito*, p. 122

influencia en el consumidor de manera tal que lo lleve a una contratación dañosa.

Mientras tanto, quedan dos posibles salidas para imputar responsabilidad a este tercero.

La primera, es aplicar las normas de publicidad engañosa de la Ley 17.250²² no solo al proveedor, sino a cualquier sujeto. De hecho, la norma, si bien daría por sentado que la publicidad emana del proveedor, no lo restringe expresamente. De todos modos, la existencia misma de una restricción a la publicidad en materia de consumo, ya funciona como una restricción legítima a la expresión.

En segundo lugar, una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de plataformas de apuestas deportivas reafirma el principio de que es ilícito publicitar algo ilícito, independientemente del conocimiento de la ilicitud. Si bien aquí no hay un análisis de la eventual conducta dañosa de la plataforma, nuestro máximo órgano judicial, en reciente sentencia 377/2023, reprime la conducta de publicitar por razones de interés general que impiden potenciar un eventual daño.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia analiza un pedido de inconstitucionalidad realizado por la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL) con relación a la imposición de multas administrativas que el Poder Ejecutivo uruguayo le impuso por publicitar, en sus eventos, plataformas de apuestas deportivas que son prohibidas en el Uruguay. Vale señalar, justamente, que las apuestas deportivas en el Uruguay tienen una férrea regulación estatal donde únicamente la plataforma específica del Estado está habilitada.

De este modo, la CONMEBOL señaló que se estaba violando sus derechos constitucionales de libertad de expresión, trabajo y propiedad, al castigarla por publicitar a uno de sus principales auspiciantes.

La Corte expresa categóricamente que la libertad de expresión puede ser limitada por razones de interés general cuando alude a actividad

²² Art. 24: *Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.*

prohibida, ilícita o dañosa. “*La restricción de la publicidad supera el test de necesidad para lograr el fin perseguido, dado que esta limitación se encuentra en relación teleológica con la prohibición de los sitios de apuestas no autorizados. Colofón: si se trata de canales prohibidos en territorio uruguayo, va de suyo que no debe permitirse su publicidad.*”

No hay vulneración a la libertad de empresa o propiedad por el hecho de restringir la publicidad de actividades que se encuentran prohibidas.”

El argumento central de los *influencers* cae, analógicamente, con esta reciente sentencia. No hay libertad de expresión que permita publicitar plataformas que, luego, causan daños a terceros. Compartimos la necesidad, además de la modificación legislativa sobre responsabilidad, de dar un marco a esta publicidad de terceros. Que el consumidor pueda conocer en todos los momentos si esta publicidad es gratuita u onerosa. Y si el *influencer* utiliza efectivamente el producto o servicio.

Al final del día, la protección del consumidor digital debe ser la suficiente para tomar decisiones racionales sobre que se está adquiriendo y sobre quiénes son los responsables si algo falla.

INFLUENCERS, PERFILAMIENTO ALGORÍTMICO E HIPERVULNERABLES DIGITALES: UN “CALL TO ACTION” A LOS CONSUMIDORES

Por María Raquel Burgueño¹ y Mariela Paola del Río²

I. CONCLUSIONES

1. Nuestro ordenamiento jurídico requiere de una urgente revisión en cuanto a la necesidad de incorporar normas que aseguren el debido cuidado de la salud mental de niños, niñas y adolescentes. Debe considerarse la adjudicación de responsabilidad civil a los influencers y personalidades de la cultura por la producción de contenido con publicidad subliminal, implícita y dirigida que publiquen en redes sociales y otros medios digitales. El influencer es la persona que ejerce una influencia sobre el usuario a través de su consejo, asumiendo de esta manera un rol esencial, convirtiéndose en un eslabón necesario para que el consumo se produzca y no es un mero intermediario que no obtiene beneficio directo del consumo generado. En consecuencia, debe incorporarse al influencer como un actor más en la cadena de consumo.

2. Los algoritmos utilizados en plataformas, aplicaciones, redes sociales y cualquier otra clase de sitio web deben ser perfectamente auditables, transparentes y explicables. Cabe adjudicar la responsabilidad a las empresas que infrinjan estos supuestos.

¹ Abogada, Escribana Titular del Registro 803 CABA. Especialización en Derecho Informático (UBA). Diplomada en Blockchain y Smart Contracts (UCC); Fintech y Blockchain (ITBA); Gestión de la Ciberseguridad (UCEMA); Dataprivacy e Infosec (DATALAB UBA). IA y Derecho y Web 3, Gaming y Metaverso (UBA IALAB). Maestranda Escuela de Economía y Negocios (UNSAM) en la Maestría Gestión y Diseño de la Tecnología y la Innovación. Consultora de Empresa Familiar Certificada (IADEF). Profesora Adjunta Seminario de Nuevas Tecnologías y Notariado en Postítulo Notariado (USAL). Prof. Adjunta Catedra Teoría y Práctica del Derecho Registral. (USAL). Docente Auxiliar CPO (UBA DERECHO).

² Abogada, Escribana Titular de Registro 325 CABA, Profesora Universitaria. Titular de Catedra Teoría y Práctica del Derecho Notarial. (USAL) Prof. Asociada Catedra Teoría y Práctica del Derecho Registral. (USAL) Especialista en Derecho Notarial y Registral. (UCA) Derecho y Tecnologías. (UBA) Derecho e Inteligencia Artificial. (Univ. De Salamanca y UBA).

3. Se requiere aumentar y mejorar las herramientas de educación digital de los consumidores en general y de las infancias y adolescencias en particular. Los programas educativos escolares requieren la urgente incorporación de temáticas digitales, como las aquí abordadas, en todos sus niveles, inicial, primario, secundario y terciario.

4. Los profesionales del ámbito de las ciencias jurídicas, sociales y técnicas poseen el expertise necesario para conformar equipos de trabajo convocados a realizar evaluaciones de impacto sobre los riesgos generados para las personas, ya sean consumidores o titulares de sus datos personales.

5. Los profesionales en neurociencias y los especializados en salud mental son actores principales en el ecosistema digital, tanto en la construcción de plataformas, como en la auditoría de éstas.

6. Los términos y condiciones de uso de plataformas y aplicaciones deberán requerir el consentimiento expreso, cierto, actual, no inferido o presumido, de los usuarios – consumidores o de sus representantes legales cuando los usuarios sean menores de edad. Su incumplimiento deberá acarrear la aplicación de sanciones agravadas cuando se trate de niños, niñas y adolescentes.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Los observadores de las ciencias jurídicas nos encontramos atravesando una etapa de revisión sobre los impactos de las redes sociales y plataformas digitales en la vida de los seres humanos y cómo se han visto modificadas muchas conductas sociales, en general y, en los vínculos interpersonales en particular. Por su parte, las ciencias médicas se encuentran con nuevos fenómenos relativos a la salud mental de las personas producto de su vinculación con las tecnologías. Resultan innegables los cuadros de alteración en la atención, el tiempo dispensado en la conexión, la dispersión de la concentración en las tareas cotidianas, los nuevos casos de adicción al celular y otras pantallas y en la materia que nos convoca en las relaciones de consumo.

La plataformización de nuestros hábitos de consumo han generado nuevas realidades sobre las cuales el derecho se ha abocado a mermar el desequilibrio estructural en la relación de consumo entre la

plataforma, perteneciente a las grandes empresas tecnológicas, y el consumidor. Migramos como consumidores a un nuevo espacio, el digital, donde las reglas no fueron claras, donde las obligaciones legales de estos medios de consumo se escondieron tras los discursos sobre los beneficios para el consumidor, como el ahorro de tiempo, la gran oferta de productos, promociones especiales y la practicidad a la que accedía el consumidor al utilizar estos canales digitales. Por otra parte, el deber de información y la educación al consumidor han sido escasos, por no decir nulos, en épocas donde la economía de la atención había logrado ser la nueva estrella de los modelos de negocio imperante entre las empresas.

La utilización de medios tecnológicos como el scrapping, utilizado en el marketing digital para invadir la privacidad del consumidor, entrando en su esfera íntima, en sus gustos, sus elecciones y el análisis de tiempo y modalidad de navegación en internet y redes sociales, todo esto sin advertencia previa y sin obtener su consentimiento, es otro de los aspectos negativos que han resultado en violaciones flagrantes a todo el conjunto de principios protectorios en materia de Derecho consumeril.

Por otra parte, el acceso a la justicia en materia de consumo y sus principales temáticas como son la determinación de la jurisdicción internacional competente como de la ley aplicable, también han traído gran consternación en el ámbito jurídico redundando en una sensación de desprotección al consumidor frente a la dificultad de notificación a las empresas GAFAM en los procesos judiciales y la falta de arraigo de estas empresas en el ámbito de la jurisdicción nacional.

La extensión y complejidad de los términos y condiciones en cada una de estas plataformas³ facilita una aceptación masiva por parte de los consumidores, un modo extorsivo de su utilización, la imposibilidad de acordar contractualmente su uso nos devuelve a la discusión de la falta de libertad contractual de la parte más débil - el consumidor- que claramente queda inmerso en esta práctica asimétrica en la defensa de sus derechos. Coincidimos con Feldstein de Cárdenas, (2006), que la accesibilidad y la facilidad en la realización de las transacciones electrónicas precisa de un

³ La lectura de los términos y condiciones a título de ejemplo implica el insumo de: Las de Microsoft, 63,5 minutos para ser leídos. La de Spotify, 35,8; la de Tik Tok 31,24, la de Apple (Media Services), 30,5; la de Zoom, 30,12; la de Uber 23,36; la de Facebook, 17,12; La de Amazon 14,12 minutos. Ver cuadro 1 en el anexo de imágenes del presente trabajo.

entorno que asegure la protección de la información y brinde seguridad jurídica a los usuarios.

2. REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL PERFILAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES

Veremos que las maneras en la que nuestros dispositivos electrónicos se encuentran diseñados y los términos y condiciones que brindan las plataformas de internet como canales de consumo facilitan el escenario para reforzar la noción de desequilibrio entre proveedores y consumidores. El derecho aún no puede estabilizar esa desproporción en la relación de consumo como tampoco ha logrado una efectiva protección, prevención y reparación integral. Por otra parte, los principios de progresividad, Información y transparencia, No discriminación y trato equitativo y digno tampoco han podido garantizarlos en lo inmediato, a pesar de ser garantías constitucionales para los consumidores. Con respecto al principio de educación del consumidor, más allá de los esfuerzos de organizaciones de defensa del consumidor, existe un dejo de indolencia en los usuarios donde resulta más importante el acceso a la plataforma que la protección de sí mismo como sujeto más débil en la relación de consumo.

3. PERFILAMIENTO, MODALIDADES Y CONSUMIDORES PROACTIVOS

Dentro de los elementos que conforman la identidad digital de los usuarios - consumidores podemos hablar de una fase integrada por lo que se ha dado en llamar la “Huella Digital”. Esta Huella requiere de dos elementos para configurarse: la cantidad y calidad de actividad que un individuo desarrolle en el ámbito digital y la acumulación en el tiempo de estas actividades. Por eso decimos que la huella digital son los datos que genera la actividad de una persona en Internet.

Desde el aspecto técnico, al ingresar a sitios web y redes sociales se instalan en el dispositivo electrónico que se encuentra navegando una serie de archivos llamados “cookies” que van registrando la actividad del usuario mientras accede a estos sitios, detectan el tiempo de navegación, la clase de contenidos a los que accede y de acuerdo a la manera en que se hayan organizado estos archivos, el sitio de navegación contará con mayor o menor información dependiendo si sus políticas en el uso de cookies están formuladas -o no- en base a una conducta ética por parte del sitio web o red social. Hacer clic en la opción “aceptar todas” implica desconocer que se ha

habilitado a que todos los datos de navegación sean entregados al desarrollador o a sus “partners” para utilizarse en el marketing analítico⁴ de los usuarios y sus datos. El equivalente a esta acción en el mundo analógico sería encontrarnos navegando en el living de nuestro hogar y de repente abrir la puerta de calle e invitar a extraños desconocidos a sentarse a nuestro lado a que observen qué es lo que estamos viendo, durante cuánto tiempo y a qué circunstancias brindamos atención cuando navegamos por internet. Desde el aspecto técnico, existen softwares que bloquean el rastreo de datos denominados “Anti Track” que pueden ser utilizados por los consumidores a los fines de resguardar su privacidad.

Imaginamos que, después de haber dado lectura a este segmento, se entiende por qué a nuestros celulares llegan las sugerencias de productos que hemos estado buscando tan sólo minutos atrás, o información de un comercio que se encuentra a metros de donde estemos quizás tomando un café, pues ocurre que también hemos dado sin querer nuestros datos de geolocalización. Como hemos visto y seguramente también hemos experimentado, las empresas suelen utilizar toda esta información para poder después mostrar publicidad personalizada en función a los historiales de búsqueda o visita a sitios. Como consumidores proactivos debemos saber que existen también programas que facilitan borrar perfiles digitales que ya no usemos⁵.

No obstante, lo importante aquí es entender que nuestra identidad digital puede ser accedida por otras personas que toman estos datos con fines de ingeniería social o maniobras ciberdelictivas. Es por ello por lo que necesitamos tomar conciencia sobre acciones concretas de cómo cuidar nuestros datos y nuestro patrimonio digital al navegar.

⁴ Cuando hacemos referencia a las cookies de marketing analítico utilizamos este término para resumir una cantidad de acciones que el sitio web desea obtener de los usuarios, a saber: Almacenar o acceder a información en un dispositivo; Seleccionar anuncios básicos; Crear un perfil publicitario personalizado; Seleccionar anuncios personalizados; Crear un perfil para la personalización de contenidos; Seleccionar contenido personalizado; Medir el rendimiento de los anuncios; Medir el rendimiento del contenido; Utilizar estudios de mercado a fin de generar información con el público; Desarrollar y mejorar productos; Compartir datos y perfiles no vinculados a su identidad; Analizar activamente las características del dispositivo para su identificación; Utilizar datos de localización geográfica precisa, etc.

⁵ Ejemplo de estos programas son: “accountkiller.com” o “justdelete.me”.

La configuración de la privacidad del celular y demás dispositivos, es otro de los factores atinentes a trabajar desde una postura proactiva como consumidores. Sabemos por la experiencia de usuarios que los dispositivos móviles no suelen elegir la privacidad por defecto y es por ello por lo que esa tarea quedará irremediablemente en manos de los consumidores. También se requiere chequear la verificación de los permisos que otorgamos en nuestros dispositivos sobre el uso de micrófono y cámara a cada una de las aplicaciones descargadas. Muchas veces debemos activar su uso pues sin cámara o micrófono las mismas no funcionan, más lo ideal es después de usarlas, volver a restringir el uso de aquellos. Como vemos, estas son cuestiones incómodas más necesarias para prevenir los ataques a la privacidad y a la seguridad de los consumidores, todos estos aspectos no son legales sino técnicos y no se encuentran vinculados con el derecho, pues las normativas legales no logran llegar a la faz comercial del desarrollo de aplicaciones ex ante.

4. PERFILAMIENTO Y GÉNERO

Las plataformas de comercio electrónico se infiltran en el consumo cotidiano como salvadoras de las necesidades de las mujeres como consumidoras, sin que detecten que detrás de ese servicio personalizado se encubre una pérdida del libre albedrío en la elección que caracteriza a la naturaleza humana a través de conductas comerciales netamente dirigidas por las plataformas para inducir sigilosamente a determinada pauta de consumo, todo ello basado en el conocimiento previo de las consumidoras a través del seguimiento algorítmico que realizan a sus espaldas perfilando acciones, conductas digitales y preferencias y confeccionando un historial de las mismas so pretexto de facilitarles la vida a través del extraccionismo de datos personales sensibles, de aspectos de sus vidas vinculados a lo más íntimo y sagrado del ser. Estas acciones pueden ser totalmente identificadas como violencia simbólica y conforman una herramienta de reproducción social de la estructura patriarcal que utiliza y manipula a las mujeres para asegurar su continuidad y hegemonía. Por eso expresa Bourdieu (2018), que la violencia simbólica termina convirtiéndose en efectiva y eficaz pues dada la imperceptibilidad de su naturaleza se acepta y se normaliza. Es por ello por lo que encontramos a muchas mujeres que frente a la posibilidad de defender sus derechos a la intimidad y a la privacidad optan por un proceso de deculturación entregándose vencidas al perfilamiento como una realidad que no puede ser cambiada, permitiendo así, la reproducción de violencias simbólicas en sus vidas. Este es el principal peligro: la falta de

cuestionamiento, la silenciosa e imperceptible pérdida de libertad y libre albedrío como consumidoras, el control e hipervigilancia implícito que ejercen las plataformas comerciales en las elecciones de consumo en mujeres.

a) Perfilamiento de datos sensibles: Aplicaciones de seguimiento del ciclo de las mujeres y productos de higiene “inteligentes”.

Existen aplicaciones creadas para que las mujeres puedan registrar y calcular el ciclo menstrual y registrar allí su peso, estado de ánimo, etc. Esto implica que la aplicación puede obtener detalles sobre su ciclo vital que le permite inferir patrones de conducta de las usuarias y anticipar sus futuros comportamientos. En estas aplicaciones los datos personales pueden ser doblemente inferidos si el onboarding se realiza a través de métodos de autenticación por la asociación a las cuentas en redes sociales. Es relevante entender que toda esa información de carácter netamente sensible se encuentra perfilada por herramientas de marketing analítico en donde, dependiendo el momento del ciclo vital de la usuaria, aparecerá publicidad dirigida y personalizada acorde a satisfacer sus necesidades específicas para ese momento, pero todo ello sin el conocimiento y el consentimiento de la usuaria perfilada. Otra manera de perfilar datos sensibles de las mujeres es a través del publicitado tampón digital que calcula la capacidad de absorción del algodón higiénico y avisa a la portadora de cuándo ha llegado el momento de cambiarlo a través de un sensor que se conecta por Bluetooth y que se engancha al hilo del artefacto. Este sensor intercambia información con la App, para que la mujer pueda consultar en cualquier momento qué porcentaje del algodón está ya empapado y calcular el tiempo hasta su recambio. Toda esta información resulta recopilada por la plataforma y su tratamiento como datos sensibles y el destino de dichos datos, pues, se desconoce.

b) Uso de IAG para generar imágenes con contenido sexual explícito.

Los peligros sobre la salud mental de niños, niñas y adolescentes que exponemos en el presente trabajo han visto su materialización en los casos ocurridos en dos escuelas secundarias en La Plata y CABA, en donde un grupo de alumnos procesaron imágenes digitales de sus compañeras y docentes a través de aplicaciones que utilizan herramientas de inteligencia

artificial generando fotos y videos falsos de éstas en situaciones sexuales explícitas y viralizándolas en redes sociales. La situación de exposición de las víctimas ha dejado secuelas en ellas a nivel individual como así también para la comunidad educativa.

5. EL CONSUMO DE INFORMACIÓN. DESINFORMACIÓN E IMÁGENES FALSAS: LOS PELIGROS DE LA IAG.

La alteración de la realidad imperante a través del uso de aplicaciones de Inteligencia Artificial Generativa ha despertado una alerta a toda la comunidad internacional. En tal sentido el secretario general de Naciones Unidas presentó un informe⁶ para contrarrestar la desinformación en el cual ha resaltado la necesidad de facilitar al máximo el acceso a la información, fomentar la alfabetización digital, mediática e informacional y desarrollar la resiliencia social. También dejó plasmada la tensión entre las sanciones normativas a quienes distribuyan noticias falsas y el derecho a la libertad de expresión, ponderando la verificación de contenidos y la alfabetización digital en vez de una penalización que pueda contribuir a la restricción del derecho a la libertad de expresión. La transparencia y mejores mecanismos de control en las operaciones de las plataformas que brindan información se presentan en este informe como una de las claves para combatir la desinformación contribuyendo a la defensa de los Derechos Humanos y de los procesos democráticos. La técnica de clickbait o clic de anzuelo también repercute en el derecho del usuario consumidor de información y en muchos casos los titulares que atrapan la atención del lector y su clic no terminan satisfaciendo su necesidad de información, siendo la brindada por el sitio irrelevante y disociada del hipertexto ofrecido.

6. PERFILAMIENTO EN EL CONSUMO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

En el año 2004 y con motivo de la celebración del Día de la Internet Segura, UNICEF publicó un decálogo como lineamiento para el tratamiento de los derechos de las infancias y adolescencias en el mundo digital: Los e-derechos. Dentro de ellos queremos resaltar los siguientes:

⁶ Informe A/77/287 del 12 de agosto de 2022.

- **Derecho a la intimidad de las comunicaciones por medios electrónicos.** Derecho a no proporcionar datos personales por la Red, a preservar su identidad y su imagen de posibles usos ilícitos. Sabemos que este derecho es avasallado toda vez que cada menor accede a internet sin que nuestra legislación actual impida tal avasallamiento⁷.
- **Derecho a la protección contra la explotación, el comercio ilegal, los abusos y la violencia** de todo tipo que se produzcan utilizando Internet. Los niños y niñas tendrán el derecho de utilizar Internet para protegerse de esos abusos, para dar a conocer y defender sus derechos.
- **Los padres y madres tendrán el derecho y la responsabilidad de orientar, educar y acordar con sus hijos e hijas un uso responsable de Internet:** establecer tiempos de utilización, páginas que no se deben visitar o información que no deben proporcionar para protegerlos de mensajes y situaciones peligrosas, etc. Para ello los padres y madres también deben poder formarse en el uso de Internet e informarse de sus contenidos. Este último punto se encuentra relacionado con el concepto en el que se encuentra trabajando Brasil de “*Abandono digital*”, buscando la penalización de aquellos progenitores que no cumplan con este e-derecho.

*a) Influencers y apuestas on line*⁸.

⁷ La ley 25.326 de Protección de Datos Personales no contempla el caso de los menores de edad. El proyecto del año 2022 que emulaba la normativa del RGPD de la Unión Europea e introducía la temática de menores, ha perdido estado parlamentario. España se encuentra recientemente trabajando con un proyecto de restricción de contenidos de internet de acuerdo con la edad del usuario. Las redes sociales y plataformas sólo requieren que se indique una fecha de nacimiento para la apertura de una cuenta.

⁸ Además de los casos de influencers en las apuestas on-line, existen otros fenómenos que no queremos dejar de mencionar pero que por respeto a las pautas del presente trabajo no nos permite extendernos en su desarrollo: Uno de ellos es el **fenómeno “Sephora Kids”** mediante el cual se incentiva el consumo de niñas y adolescentes de cremas y serum - de allí el nombre de la famosa perfumería francesa- en pieles que aún no requieren la intensidad de los químicos publicitados. A esto debe agregársele el uso de filtros que desnaturalizan la real apariencia de la influencer elevando su imagen a estereotipos de belleza inalcanzables para las adolescentes, generando esto conductas de ansiedad y frustración en éstas. Otro de estos fenómenos es la inserción de malware a través de juegos en línea como el **caso “VALORANT”** a través del cual se infectaban con código malicioso las computadoras de los menores extrayendo datos. Finalmente queda para una próxima

Nos encontramos hoy ante un problema extremadamente grave, que afecta la salud de los menores de edad y la tranquilidad de sus familias. La ludopatía infantil se ha expandido de forma vertiginosa, escapando al control de todos los actores encargados de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, preocupado por el vuelo que ha tomado esta nociva actividad, intimó a varios influencers y personas del espectáculo a no producir contenido publicitario que fomente la realización de apuestas on-line. Las intimaciones cursadas se basan en la prohibición de formar parte de alguno de los eslabones que fomentan la captación para realizar apuestas en los juegos de azar sin contar con las autorizaciones del organismo autorizado, en este caso Lotería Nacional. El delito se encuentra establecido en el artículo 301 bis del Código Penal de la Nación: “*Será reprimido con prisión de tres a seis años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional*”. Es en este contexto, que nos preguntamos ¿Cuál es la responsabilidad de los “influencers” al expandir estas prácticas tan nocivas para los menores? Podemos definir a los influencers como “personas físicas que, actuando bajo su nombre o un pseudónimo, de forma habitual y en una red social, ostentando un grupo de seguidores directos e indirectos; realizan recomendaciones sobre el consumo de bienes, servicios, tendencias, moda y estilo de vida. Su espectro de influencia es en las redes sociales y sus destinatarios son sus seguidores”⁹.

Extraemos de dicha definición que los influencers realizan recomendaciones de consumo en su entorno de influencia. El fenómeno que se genera a través de estas nuevas formas de publicidad es sorprendente, ya que en estas interacciones se conjuga la habilidad y destreza de la persona

discusión toda la temática relativa al perfilamiento y gaming en donde no queda claro como las empresas se hacen del consentimiento de los menores o como en muchos casos directamente estamos en presencia de la omisión de consentimiento.

⁹ MATTERI Juan Ignacio Cruz “Influencers y relación de consumo: Su responsabilidad en el Derecho del Consumidor”. XXXII Jornadas Académicas de la Abogacía Joven de Colproba, Comisión de Derecho Civil y Comercial, 2021. www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF210224

que influencia a sus seguidores, combinado esto de manera explosiva con los algoritmos de la plataforma que utiliza para desarrollar su actividad. Todos estos mecanismos, generados en un contexto donde el tiempo y la cultura de lo inmediato se ha instaurado, hacen de estos comunicadores unos actores que no utilizan reglas para la producción de contenido, razón por la cual se encuentran dotados de mayor responsabilidad que cualquier otra publicidad desarrollada por estudios especializados que tienen en cuenta cada detalle y cada palabra e imagen utilizada.

Cuando hablamos del contexto social y cultural, hacemos referencia a que los nuevos consumidores priorizan el consejo de un tercero a invertir un bien tanpreciado como es el “tiempo” en investigar, leer, comparar e informarse sobre los productos o servicios a consumir. Es por lo que estos “influencers” pueden llegar de forma más inmediata a los usuarios, aconsejarlos sobre un uso de un producto o servicio, contar su experiencia y mostrarse sumamente satisfecho para así ganarse la confianza de los consumidores. Es aquí donde la responsabilidad aumenta, cuando la responsabilidad subjetiva aflora de manera clara, cuando es notorio que la persona que aconseja es un eslabón necesario para que el consumo se produzca y no es un mero intermediario que no obtiene beneficio directo del consumo generado.

7. ESTADO DEL ARTE EN MATERIA REGULATORIA.

a) Convenio 108 y 108 +. Proyecto de Ley de Protección de datos personales.

El Estado argentino mediante la Ley 27.483 aprobó el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal suscripto en la ciudad de Estrasburgo, Francia, el 28 de enero de 1981, así como también el protocolo adicional al Convenio. El Convenio 108 posteriormente fue modificado en el mes de mayo de 2018 resultando en su continuador, el Convenio 108 +, aguardando a que nuestro país hiciera nuevamente adhesión a esta modificación.

Finalmente, la República Argentina adhirió al Convenio 108 + a través de la Ley 27.699 sancionada con fecha 10 de noviembre de 2022. Si bien nuestro país ya era un Estado - Parte de este convenio aún quedaba pendiente ratificar su modificación que respondía, según así surge del mismo convenio, a razones de “diversificación, intensificación, globalización del tratamiento de datos y el flujo de los datos personales”.

Este es el único convenio multilateral que protege a los individuos contra el abuso en el tratamiento de sus datos por parte de sistemas automatizados, dentro de los cuales encontramos a los diferentes algoritmos utilizados para capturar la atención en las redes sociales como el scroll de las pantallas del feed de redes como Instagram, Facebook o Tik Tok. El Convenio 108 + incluyó en la categoría de datos sensibles a los datos genéticos y biométricos, como así también estableció nuevos mecanismos de transferencia de datos transfronterizos.

Esta aprobación de parte de Argentina conlleva la protección de los datos de todas las personas sean o no nacionales que se encuentren en su territorio por aplicación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

La ley 25.326 de Protección de Datos Personales se sancionó el 4 de octubre de 2000. La República Argentina fue pionera en la región en materia de Protección de Datos Personales en la región, si bien contaba con una normativa robusta y completa, sus ya más de veinte años de entrada en vigencia requerían una revisión y actualización de su articulado la que se intentó infructuosamente con un anteproyecto del año 2016 y el proyecto de 2018.

En agosto de 2022 la actual Directora de la Agencia de Acceso a la Información Pública, inició el proceso de debate público, participativo y transparente para su actualización. La ciudadanía presentó un total de 173 trabajos colaborativos, entre los que se encuentran trabajos del Notariado de la Ciudad de Buenos Aires. De los debates y de los proyectos presentados se generó un nuevo Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales presentado al Congreso Nacional en febrero de 2023, modifica las características del consentimiento, el tratamiento de datos en el sector público y la protección especial de datos personales en el caso de niñas, niños y adolescentes. El capítulo 3 refiere a las transferencias internacionales y establece en sus artículos 23°, 24°, 25° y 26° tres mecanismos con distinto nivel de jerarquía para realizar el flujo transfronterizo de datos personales con confianza. Incorpora además el derecho sobre las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles. El capítulo 9 reglamenta específicamente la acción judicial de habeas data. La mayor innovación consiste en la ampliación de la legitimación activa para acciones colectivas con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 42 de nuestra Carta Magna. Se crea un Consejo Federal para la Transparencia y Protección de Datos Personales, como espacio federal para la cooperación técnica y

concertación de políticas públicas de transparencia y protección de datos personales. A la fecha el proyecto de Ley no ha sido tratado en el Congreso Nacional y ha perdido estado parlamentario.

b) Proyectos de Ley en Argentina. (apuestas on-line e influencers).

El proyecto de Ley para regular la actividad realizada por los influencer establece como su principal objetivo “proteger a los consumidores de la publicidad engañosa en sus diferentes modalidades, que la publicidad contenga información adecuada y veraz y que los contenidos publicitarios difundidos por los influencers se identifiquen claramente como tales en las publicaciones”. En este proyecto, el que fue desarrollado incorporando otros proyectos presentados por diputados y basándose en normativa de la CE se establece que en su actividad los influencers deben cumplir con las obligaciones específicas establecidas en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061 y en la Ley de Defensa del Consumidor N.º 24.240.

Es notable ponderar que los propios fundamentos establecen la importancia de destacar la inclusión de las prohibiciones de promoción por redes de productos farmacéuticos y de tratamientos estéticos o actividades vinculadas al ejercicio profesional en el área de la salud y alimentación, ya que muchos influencers publicitan productos y servicios sin tener conocimiento profundo sobre ellos y sin asumir las consecuencias que esto podría traer al consumidor o usuario.

c) España, EEUU y Chile. Regulación de influencers.

España, ha dictado la Ley 17/2022 -ley General de Comunicación Audiovisual- que contiene el concepto de “usuarios de especial relevancia”. Esta ley busca proteger a los consumidores, sobre todo, los más vulnerables, de toda publicación y contenido nocivo.

Para ser considerado influencer se establecen tres criterios específicos: 1) Ganar más de 300.000 euros anuales; 2) Poseer más de 1 millón de seguidores en una aplicación de video o 2 millones de seguidores en más de una aplicación; y 3) Realizar publicaciones periódicas, por lo menos 24 videos al año.

Las obligaciones de los influencers que se encuentran dentro de la categoría mencionada en la ley son: realizar publicidades claras etiquetando

el contenido, evitar las publicaciones de productos nocivos tales como el alcohol, tabaco, medicamentos, juegos de azar y apuestas dirigidas a menores de edad. Se regula la publicidad y promoción de bebidas alcohólicas en determinados horarios según la graduación alcohólica de las mismas.

La norma crea un registro de influencers para realizar un control más exhaustivo de sus actividades. Deberán inscribirse en el Registro Estatal de Prestadores Audiovisuales como "*usuarios de especial relevancia*".

Mientras que, en Estados Unidos, país vastamente desarrollado en tecnologías, a través de *la Federal Trade Commission* (FTC) en un instrumento llamado "*Disclosures 101 for Social Media Influencers*" se ha establecido la obligatoriedad de los influencers que trabajan con marcas, realizando publicidades o intercambios, de dar a conocer **qué vínculo tienen con esas empresas**. De esta manera, los consumidores toman conocimiento de la verdadera relación del sujeto con la empresa promocionada y en consecuencia del real interés del influencer en el consumo de dichos productos o servicios.

En cuanto a países de nuestra región, recientemente Chile a incorporado la obligación de los influencers que realizan asesoramiento financiero de inscribirse en la Comisión para el Mercado Financiero. Esta normativa, atiende principalmente a la diferencia que existe entre realizar una simple publicidad, la educación financiera y un "consejo de inversión".

8. CONCLUSIONES.

Reforzando lo expuesto en las conclusiones iniciales de este trabajo entendemos que el estatus jurídico de los influencers requiere de una regulación urgente en donde les pueda ser adjudicada responsabilidad por el contenido de sus publicaciones en tanto impliquen recomendaciones subjetivas con un actuar activo en la cadena de consumo. Esto como hemos dicho agravado con la aplicación de algoritmos adictivos para el cerebro humano en el diseño de las plataformas de redes sociales, videojuegos y otras aplicaciones. El influencer como actor de este ecosistema de consumo es un eslabón más en la cadena de intermediarios y por ende le compete el cabal cumplimiento de las normas de consumo. Sin ir más lejos la organización APTRA les ha generado una categoría especial respecto de la generación de contenido temático en redes sociales tal como si fueran actores profesionales.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean Claude. “La reproducción. Elementos para una teoría del sistema educativo” Editorial Siglo XXI Editores.
- Burgueño, María Raquel (Dir.). “Innovación e Inclusión Digital. Una mirada disruptiva”. Año 2023. Editorial Di Lalla.
- Faliero, Johanna C. “Criptomonedas: La nueva frontera regulatoria del Derecho Informático”. Ed. Ad-Hoc. 2017.
- Faliero, Johanna C. La protección de Datos Personales. Ed. Ad-Hoc. Segunda edición 2021.
- Feldstein de Cárdenas, Sara. “Internet. Un Golem a la postmodernidad”. Separata de Revista de Derecho No 22. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. 2006.

10. ACCESO A ENLACES

- <https://www.visualcapitalist.com/wp-content/uploads/2020/04/length-of-service-agreements-1.jpg> recuperado el 11/08/2024.
- <https://www.larazon.es/tecnologia/20200113/wfp4sc3bqvaxtjb5rjyd3gppq.html> recuperado el 11/08/24.
- <https://tn.com.ar/sociedad/2024/05/25/alumnos-de-un-colegio-catolico-trucaron-mas-de-400-fotos-de-companeras-y-docentes-y-las-viralizaron-desnudas/> recuperado el 11/08/2024.
- <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/abandono-digital-o-que-o-seu-filho-faz-na-internet-e-responsabilidade-sua/833013207> recuperado el 15/08/2024.
- <https://comercioyjusticia.info/opinion/nueva-ley-de-influencers-en-espana-y-su-impacto-potencial-en-argentina/>
- <https://www.theclinic.cl/2024/06/10/cmf-recalca-que-influencers-no-pueden-recomendar-donde-invertir/>
- <https://www.instagram.com/p/C4axEU5OFJA/?igsh=MTc4MmM1YmI2Ng==>
- <https://youtu.be/Gntsauz73nY?feature=shared>

11. JURISPRUDENCIA

- Fallo “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario” dictado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 2018.

-
- Fallo: Castillo María Alejandra y otro c/ Mercado Libre S.R.L. y otros/ordinario” dictado por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. 25 de Agosto de 2023
 - Fallo “Mercado Libre S.R.L c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial - Recurso Apelación c/ Decisiones de Persona Jur. Pub. no Estatal - Recurso Directo - Expte. 6765134” dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba el 19/05/2020.
 - Fallo "B., D. R. c. M. L. SRL s/ sumarísimo" dictado por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia el 27/05/2019.

DEFECTOS EN SERVICIOS DIGITALES Y DAÑOS DE CONSUMO

2.0: UNA DOGMÁTICA PARA LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

Por Hernán C. Caravario¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata.

1. El marco legal actual es suficiente para abordar de manera coherente y efectiva la responsabilidad de las plataformas digitales, siempre que los operadores jurídicos elaboren sus soluciones recurriendo a los principios generales y la analogía para la elaboración de nuevas reglas particulares.

2. La aplicación del criterio de intermediación sin matices podría llevar a resultados inconsistentes y potencialmente injustos para los consumidores.

3. Existe una falta de estándares claros para determinar cuándo una plataforma asume un "rol activo" o intermedia de manera "relevante".

4. La jurisprudencia muestra una tensión entre aplicar la responsabilidad objetiva basada en principios de protección al consumidor y eximir a las plataformas basándose en su papel de meros intermediarios.

5. Los regímenes existentes de responsabilidad por daños a los consumidores no fueron diseñados teniendo en cuenta los servicios digitales, lo que crea incertidumbres en su aplicación a las plataformas en línea.

6. Las soluciones a estos nuevos problemas no requieren tanto de nuevas normas sino más bien de desarrollos dogmáticos al nivel de la teoría que actualicen las categorías de análisis para la aplicación de las normas vigentes.

De lege ferenda, se propone:

¹ Abogado en ejercicio por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales | Universidad Nacional del Litoral; asistente de investigación en diversos proyectos del Grupo Cambio Ambiental Global y del Instituto de Estudios Avanzados del Litoral. Con el aval, según art. 6 del Reglamento, del Dr. Mariano Lino Churrarín.

1. La adopción de un enfoque híbrido a nivel dogmático para la determinación de la responsabilidad de las plataformas que combine:

- La extensión en el plano dogmático —no normativo— de ciertos elementos de la teoría de responsabilidad por productos elaborados a los servicios digitales, como criterio principal;
- El uso del criterio de intermediación como elemento subsidiario para evaluar el funcionamiento del servicio y detectar posibles defectos.

2. Desarrollar una caja de herramientas y categorías analíticas específicas que permitan tratar la responsabilidad de las plataformas digitales de manera correcta, incorporando los principios de la teoría de productos elaborados adaptados al contexto digital.

3. El establecimiento de criterios claros para determinar cuándo un servicio digital se considera defectuoso.

4. El refinamiento del concepto de "accidente de consumo" para abarcar daños específicos del ámbito digital, incluyendo pérdidas económicas y brechas de seguridad de datos.

5. La clarificación del alcance de la obligación de seguridad para incluir explícitamente la protección contra daños económicos en transacciones digitales.

6. El desarrollo de estándares para las "expectativas razonables del consumidor" en servicios digitales en rápida evolución.

7. La implementación de un enfoque regulatorio equilibrado que proteja a los consumidores sin obstaculizar la innovación en el sector digital.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El marco legal actual se muestra a simple vista insuficiente para abordar la nueva realidad de la “economía de plataformas”, generando incertidumbre jurídica y debates doctrinarios. En este contexto, surge la necesidad de repensar nuestros marcos teóricos y dogmáticos para garantizar

la protección efectiva de los consumidores y la seguridad jurídica sin ahogar la innovación y el desarrollo tecnológico².

La propuesta de esta ponencia no está dirigida a la creación de nuevas normas o legislación específica, tarea harto compleja si se piensa en la rápida evolución de este ámbito y la facilidad con la que las normas quedan obsoletas frente a ello. Antes bien, proponemos un desarrollo dogmático que elabore nuevas categorías analíticas que permitan dar flexibilidad y aplicar las normas existentes y que —sin incidir en la inflación normativa ni la inseguridad jurídica que va de la mano— permitan dar solución a estos nuevos problemas.

Decimos que el marco legal “se muestra a simple vista” insuficiente dado que, como sostendremos a lo largo de esta ponencia, con una correcta dogmática que capture la realidad jurídica del fenómeno de las plataformas de comercio electrónico las soluciones pueden encontrarse en las normas vigentes.

2. MARCO LEGAL ACTUAL Y SUS LIMITACIONES

El marco legal vigente a nivel global en materia de responsabilidad por productos defectuosos y servicios de la sociedad de la información parte principalmente en dos directivas europeas: la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos y la Directiva 2000/31/CE. Sin embargo, estas normativas no fueron concebidas para abordar específicamente la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico, lo que ha resultado en interpretaciones divergentes y aplicaciones inconsistentes de la ley.

Recientemente, la Unión Europea ha dado un paso significativo con la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) que reforma la Directiva 2000/31/CE. Este reglamento establece un marco más claro para la responsabilidad de las plataformas digitales³,

² HERNANDEZ, Carlos A., Comercio electrónico y relaciones de consumo, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, p.169 y ss.

³ “«plataforma en línea»: un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio

incluyendo obligaciones de diligencia y transparencia. El DSA mantiene el principio de exención de responsabilidad para los intermediarios, pero introduce nuevas obligaciones y responsabilidades para las plataformas, especialmente en relación con el contenido ilegal y los productos inseguros, y limita la exención en los casos en que se induzca al consumidor a confiar en que el producto o servicio ofrecido es proporcionado por la propia plataforma⁴.

En Estados Unidos el panorama no es mucho más claro, aunque parece haber una tendencia a reconocer, de modo excepcional, la responsabilidad de proveedores como Amazon por accidentes de consumo con causa en un producto elaborado vendido por un tercero a través de la plataforma⁵.

En nuestro ámbito, el proyecto de Código de Defensa del Consumidor argentino elaborado en 2018 por una comisión de distinguidos juristas a pedido del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en su artículo 73, intenta abordar esta aparente laguna al establecer criterios para la responsabilidad de los operadores de portales de venta online⁶. Este artículo establece que la exención de responsabilidad del operador electrónico como integrante de la cadena de comercialización y en función de las reglas de conexidad contractual solo será posible cuando no

por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento;”

⁴ En su parte pertinente, el art. 6 ap. 3 del Reglamento, prevé: 3. El apartado 1 [la exención de responsabilidad para “intermediarios”] no se aplicará con respecto a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

⁵ García Micó, T. G. (2022). Platform Economy and Product Liability: Old Rules for New Markets. IDP: *Revista de Internet, Derecho y Política = Revista d’Internet, Dret i Política*, 35, 1.

⁶ ARTÍCULO 73. Portales de venta o subasta on line. De conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico sólo será posible cuando: 1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible; 2. No ha generado una particular confianza en el consumidor.

haya desempeñado un rol activo en la operación jurídico-económica y no haya generado una particular confianza en el consumidor.

No obstante, la falta de claridad en la definición de conceptos clave como "rol activo" y "particular confianza" podría generar nuevas incertidumbres en su aplicación práctica. Además, este enfoque no aborda adecuadamente la complejidad de los servicios ofrecidos por las plataformas digitales modernas, que van más allá de la mera intermediación. En concreto, definir cuando un proveedor tiene un "rol activo" o intermedia de manera "relevante" puede ser una ardua tarea para los operadores jurídicos.

3. PROPUESTA: EXTENDIENDO LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS A LOS SERVICIOS DIGITALES

Ante este escenario de incertidumbre jurídica, se propone adaptar y extender por analogía la aplicación de ciertos elementos de la doctrina de la responsabilidad por productos elaborados al ámbito de los servicios digitales. Esta aproximación se fundamenta en la premisa de que, al igual que los productos físicos, los servicios digitales pueden presentar defectos que causen daños a los consumidores.

Esta propuesta se sustenta en la extensa tradición del derecho daños que desde los albores del siglo XX busca adjudicar la responsabilidad en quien está en mejores condiciones de prevenir la producción de los daños⁷. En el *common law* ya existen propuestas de este tipo, equiparando los desarrollos dogmáticos necesarios a los que hubo que afrontar con la aparición del automóvil, la producción masiva de productos, y ahora, las plataformas digitales⁸. En cada una de estas encrucijadas, el criterio reinante para expandir la responsabilidad objetiva fue el de la prevención y mitigación de los daños por vía de adjudicar la responsabilidad en el sujeto con mayores capacidades de prevención.

En concreto, lo que se pretende adaptar y aplicar analógicamente es 1. el paradigma de la seguridad del producto, 2. la teoría de los defectos y su clasificación, 3. el concepto de accidente de consumo y 4. la responsabilidad

⁷ Lo que en el derecho anglosajón se llama "*cheapest cost avoider*" o CCA.

⁸ Sharkey, C. M. (2022). Products Liability in the Digital Age: Online Platforms as «Cheapest Cost Avoiders». SSRN Electronic Journal. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4086977>

objetiva y solidaria cuando se detecte un daño en un consumidor con relación causal adecuada con un defecto en el servicio prestado.

a) El paradigma de la seguridad del producto/servicio.

La norma central de este paradigma es el art. 5 de la ley 24.240 (LDC): “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. Acerca de esta norma se ha dicho⁹:

“En concreto, a través de esta regla se establece un standard por encima del cual los riesgos son aceptables y por debajo del cual se tratará de riesgos inaceptables.

Son inaceptables los riesgos producidos por bienes de consumo que poseen imperfecciones, a los que llamamos productos o servicios inseguros, pues aunque fueren “utilizados en condiciones previsibles o normales de uso” —como establece la norma que comento— igualmente resultan riesgosos; mientras que, por el contrario, son aceptables los riesgos ocasionados por los bienes de consumo que, si bien generan riesgos colaterales o secundarios, no poseen imperfecciones”.

Es decir que la norma establece, por un lado, que los productos y servicios deben ser seguros, no contener defectos. Por otro lado, se admiten los “efectos secundarios” cuando el bien en cuestión no presenta defectos.

Siguiendo a Sozzo, este es “*el fundamento del establecimiento del deber de seguridad, en el sentido de respetar el standard de riesgo socialmente aceptable en materia de bienes de consumo*”.

b) La doctrina de los defectos que causan accidentes de consumo.

Es el producto o servicio defectuoso, que introduce riesgos socialmente inaceptables —incumpliendo la obligación de seguridad— que, cuando se concretan en un accidente de consumo, dan lugar a la

⁹ Sozzo, C. G. (2015). La prevención de los daños al consumidor. En Gabriel Stiglitz & Carlos A. Hernandez, Tratado de Derecho del Consumidor: Vol. III (p. 118). La Ley, pp. 143-144.

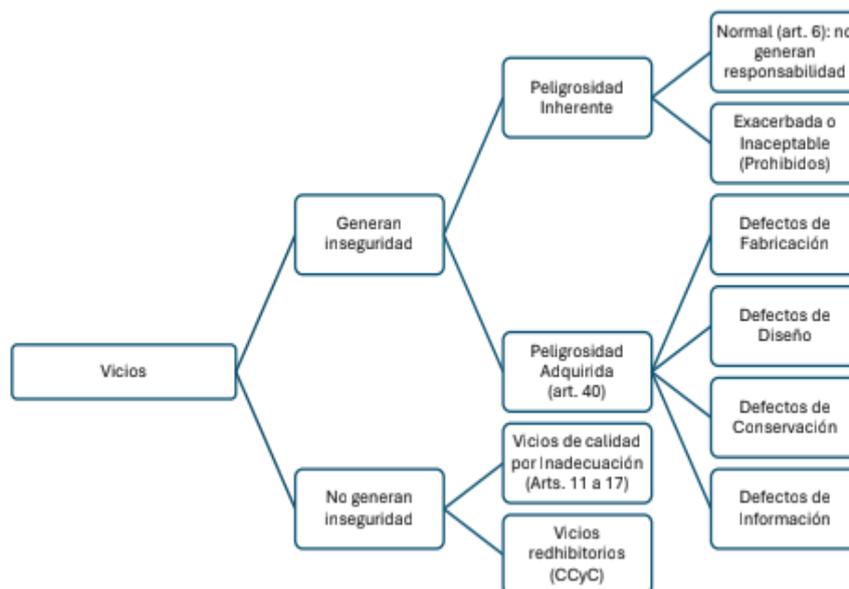
responsabilidad. No se es responsable cuando el bien funcionó como debía, es decir, sin defectos o cuando el daño se debe a un mal uso de este.

“La idea de defectuosidad puede ser vista desde la perspectiva del sistema del derecho de daños como una especificación de la idea de antijuridicidad —entendida como contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto—, más que como un elemento diferente y particular, ya que la existencia de una peligrosidad adquirida en el producto, derivada de la presencia de un defecto, no puede dejar de importar una contradicción con las normas. Esta contradicción puede ser específica si existe una regla legal en el derecho administrativo, alimentario, sanitario o del consumidor —o cualquier otro orden jurídico que refiera a la salud humana— que prescribe una determinada exigencia que no es observada por el producto o servicio, o simplemente, por contradecir la norma fundamental del art. 42 de la Constitución Nacional y el art. 5° de la ley 24.240 que establecen el deber de seguridad...”¹⁰.

Ahora bien, ¿Cuándo un producto —o servicio para nosotros— es defectuoso? Existen al menos dos grandes maneras de determinar este presupuesto fáctico. La primera, presente en las normativas europeas que tratan la responsabilidad por productos elaborados, se basa en la expectativa de seguridad del consumidor medio. La segunda doctrina, proveniente del derecho anglosajón —conf. *Restatement (third) of Torts* de EE. UU.—, parte de una prueba de riesgo-utilidad —*risk et utility test*—. El desarrollo acabado de estos instrumentos dogmáticos excede ampliamente el alcance de esta ponencia, para nuestros fines nos basta con saber que existen herramientas de probada trayectoria para determinar la defectuosidad de un producto que podrían ser trasladadas analógicamente al ámbito de los servicios digitales sin demasiadas complicaciones.

¹⁰ Sozzo, C. G. (2015). La prevención de los daños al consumidor. En Gabriel Stiglitz & Carlos A. Hernandez, *Tratado de Derecho del Consumidor: Vol. III* (p. 118). La Ley, pp. 145 y ss.

En base a esta dogmática de los defectos la doctrina ha ido construyendo una clasificación de los defectos que se ha convertido en un instrumento dogmático esencial para la determinación de los efectos jurídicos de cada uno. En nuestro ámbito, con basamento en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor suelen distinguirse:



Vista desde este prisma, resulta claro que la actividad de las plataformas no es, per se, (inaceptablemente) riesgosa. Tampoco las demás actividades en los entornos digitales son siempre actividades riesgosas en los términos del art. 1757 CCyC. No es ese un camino adecuado para atribuir responsabilidad en el ámbito de los servicios digitales de consumo¹¹. El

¹¹ Los servicios digitales no son riesgosos *per se* —argumentar lo contrario parte de generalizaciones apresuradas, lleva pendientes resbaladizas y podría resultar en la injusta adjudicación de responsabilidad por riesgos aceptables, privatizando riesgos sociales—, el riesgo que se concreta en los accidentes de consumo digitales proviene de un defecto del servicio, en general será un defecto de diseño o de información. Los proveedores de servicios digitales de comercialización que no realizan una “intermediación relevante” —v. gr. avisos clasificados, *marketplace*, etc.— no son responsables por daños al consumidor en la relación de consumo porque su servicio no es defectuoso, está funcionando tal como se pretende y esto se informa claramente al consumidor. De ahí que la búsqueda de las diferencias entre los distintos tipos de servicios digitales impacte en la determinación de su responsabilidad. Lo que se debe buscar es el defecto en el servicio. Es mucho más fácil probar que un servicio digital funcionó como debía (o no), sin defectos de diseño o de información —utilizando ya sea la prueba de las expectativas del consumidor o la prueba

riesgo toma aquí otra concepción. Por ejemplo, se reconoce que hay riesgos aceptables que no generan responsabilidad por daños al consumidor, riesgos que son aceptables en virtud de un análisis, por ejemplo, de riesgo/beneficio. Cuando un producto o servicio tiene un alto nivel de peligrosidad, un riesgo inaceptable, directamente se prohíbe su ingreso al mercado. En cambio, cuando el producto posee un defecto, que produce un daño al consumidor, se debe indemnizar.

Esta debería ser la principal herramienta para determinar cuándo y en qué condiciones un proveedor de servicios digitales u operador de plataformas debe ser responsabilizado por un accidente de consumo, ya que lo que activa el microsistema de responsabilidad por daños a consumidores es la existencia de un defecto o vicio que causa un accidente de consumo. Esto está clarísimo en el art. 40 de la LDC. “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio...”. Demostrado el defecto, recién entonces opera el factor de atribución objetivo del art. 40. Los arts. 5 y 6 se limitan a establecer la obligación de seguridad en relación con un estándar de riesgos aceptables/inaceptables. En tanto el art. 40 claramente incluye a los servicios bajo su órbita no existen impedimentos para darles un tratamiento similar al de los productos, aunque con los matices adecuados.

c) Los accidentes de consumo.

Solo los defectos que generan inseguridad pueden causar un accidente de consumo y activar la aplicación del art. 40 LDC. El ámbito de aplicación del microsistema de daños al consumidor se limita a los accidentes de consumo. A contrario sensu, todo accidente de consumo debe ser resuelto por el microsistema de daños al consumidor.

“Para que exista responsabilidad por daños al consumidor, es necesario que exista un accidente de consumo. El accidente de consumo es una pieza central en la cultura de la “responsabilidad por productos elaborados” forjada en los EE.UU, y que no ha sido debidamente percibida por la jurisprudencia argentina —sobre todo a la ahora de diferenciar los

de riesgo y utilidad—, que crear argumentativamente excepciones a la regla del art. 40, excepciones que son de interpretación restrictiva y encubren valoraciones axiológicas que deben ser objeto del proceso legislativo.

“accidentes” a los que se aplica el art. 40 de la ley 24.240 y los incumplimientos contractuales y vicios de funcionamiento—.

Un accidente de consumo es un evento en torno a un bien de consumo que ocasiona daños a quienes ya son consumidores, u originando una relación de consumo con quienes no lo eran hasta ese momento (by stander).

Este accidente, para generar derecho a la reparación del daño debe estar causado por un defecto en el producto o servicio que funciona como bien de consumo¹²”.

d) Síntesis parcial.

En síntesis, bajo este enfoque, se consideraría que una plataforma presta un servicio defectuoso cuando introduce riesgos inaceptables en el mercado, es decir, cuando tiene un defecto que causa inseguridad, ya sea por qué:

1. No cumple con las expectativas razonables de seguridad del consumidor.
2. No supera la prueba de riesgo/utilidad.
3. No proporciona información adecuada sobre los riesgos del servicio.
4. Presenta fallas en su diseño o funcionamiento que ponen en riesgo inaceptable al consumidor.

Esta extensión de la teoría de los defectos a los servicios prestados por plataformas digitales permitiría aplicar los principios ya establecidos en materia de responsabilidad por productos elaborados a este nuevo ámbito, proporcionando un marco más coherente y protector para los consumidores.

Ahora bien, esta idea no conlleva que toda plataforma responda siempre y en todo lugar de modo objetivo. En primer lugar, la carga de la prueba del defecto como presupuesto fáctico que activa la responsabilidad recae sobre el consumidor. En segundo lugar, el proveedor puede desligarse de la imputación objetiva demostrando: 1. Que el servicio prestado no tenía ningún defecto, 2. Que el daño se produjo por un casus ajeno a su actividad

¹² Sozzo, C. G. (2015). La prevención de los daños al consumidor. En Gabriel Stiglitz & Carlos A. Hernandez, Tratado de Derecho del Consumidor: Vol. III (p. 118). La Ley, p. 135.

y fuera de su esfera de control. El grado de intervención —rol activo vs. rol pasivo— en la operación sigue apareciendo, ya sea en el punto 1 para la determinación del correcto funcionamiento de la plataforma¹³, ya sea en 2, en la determinación de la ajenidad e imprevisibilidad del accidente de consumo. Ahora bien, el grado de intervención o el rol de la plataforma ya no es un elemento autónomo determinante de una exención de responsabilidad pretoriana, extraña a nuestra tradición.

Un ejemplo aclarará esta cuestión. Cuando un usuario accede a la sección de automotores o inmuebles de MercadoLibre accede a una plataforma completamente distinta a la que accede la mayor parte de las veces. En esta sección la plataforma se limita a publicar la información de contacto de las partes para que estas se comuniquen. De este modo, la plataforma pareciera no intervenir en la contratación más que acercando a las partes del mismo modo que lo haría un aviso clasificado en un periódico de papel. Cuando la plataforma cumple con esta finalidad y lo informa debidamente al consumidor está prestando el servicio sin ningún defecto, por lo que si el consumidor luego sufre un daño no tendrá acción contra la plataforma.

Estos casos se han resuelto recurriendo a la idea de intermediación y el rol activo o pasivo del proveedor en favor de eximir de responsabilidad a las plataformas¹⁴.

El problema es que estas nociones no consideran todos los elementos del paradigma de la seguridad contenido en los art. 5, 6 y 40 de la ley 24.240. Según nuestra propuesta, lo relevante no sería si la plataforma tuvo un “rol activo o pasivo” en la operatoria, más bien, nos interesa saber si el servicio prestado por la plataforma tuvo, o no, un defecto: ya sea de diseño —porque podría haber solicitado preventivamente datos al “vendedor” para cumplir con su obligación de seguridad—, de programación (fabricación) —porque podría haber implementado verificaciones informáticas— o de información

¹³ El correcto funcionamiento de una plataforma de “clasificados” se limita a dar a conocer los datos de las partes, pero también a ofrecer un nivel de seguridad acorde a las expectativas de un consumidor promedio.

¹⁴ Galdós, M. & Valicenti, E. (2023). Aproximaciones a la responsabilidad civil de las plataformas de comercialización y de la economía colaborativa—Primera parte. Rubinzal-Culzoni, RC D 226/2023.

—porque podría haber informado de manera más clara y detallada los riesgos de la operatoria.

Ese defecto es el que introduce riesgos inaceptables que justifican la atribución de responsabilidad objetiva. Sin defecto no hay responsabilidad. El rol de la plataforma puede indicarnos si hubo o no defecto, pero no debería determinar la aplicación o no del microsistema de daños de consumo.

4. VENTAJAS Y DESAFÍOS

La extensión dogmática que proponemos permitiría dirimir la responsabilidad de las plataformas intermediarias sin recurrir a extrañas exenciones de responsabilidad basadas en estándares difusos y de difícil demostración —como el rol, activo o pasivo, que asume el proveedor— y sin necesidad de nuevas normas que terminan introduciendo mayores dudas que certezas en los operadores jurídicos. En particular, la noción de defecto en el servicio será la que dirima, en la mayoría de los casos, la responsabilidad objetiva o no del proveedor. Lo que habrá de indagarse es si el servicio prestado funcionó defectuosamente o no, si bien en esa búsqueda será necesario evaluar el grado de intervención que el proveedor desarrolla en la operatoria este no puede ser el elemento determinante dado que la noción de defecto se construye de modo complejo a partir de la obligación de seguridad, la teoría de los defectos y las obligaciones nucleares concretas a las que se obligan las partes.

La extensión de la teoría de responsabilidad por productos elaborados al ámbito de los servicios digitales presenta una serie de ventajas significativas, aunque no está exenta de desafíos. En cuanto a las ventajas, esta propuesta ofrece un marco más coherente con el sistema de protección al consumidor existente, proporcionando una protección más robusta al extender principios probados de responsabilidad objetiva. Además, brinda mayor seguridad jurídica debido a la existencia de una doctrina y jurisprudencia consolidada en materia de productos elaborados. Esta extensión se integra de manera más fluida con los principios generales del derecho de daños y respeta la tradición jurídica en materia de responsabilidad por daños al consumidor. Otro beneficio notable es la menor dependencia de elementos foráneos, ya que utiliza conceptos y doctrinas arraigados en el derecho local, reduciendo así la necesidad de recurrir a interpretaciones jurídicas extranjeras.

Sin embargo, esta propuesta también enfrenta desafíos significativos que deben ser abordados. Un reto importante es la necesidad de adaptar cuidadosamente los conceptos tradicionales de "defecto" al ámbito de los servicios digitales, un proceso que requiere una comprensión profunda de las particularidades tecnológicas y comerciales de estos servicios. Asimismo, la definición de las "expectativas razonables" de seguridad en servicios digitales en constante evolución puede resultar compleja, dado el ritmo acelerado de la innovación tecnológica y los cambios en las prácticas de consumo digital. Quizás el desafío más significativo sea encontrar un equilibrio adecuado entre la protección al consumidor y el fomento de la innovación en el sector digital. Una regulación excesivamente restrictiva podría desalentar la innovación y el desarrollo de nuevos servicios, mientras que una protección insuficiente dejaría a los consumidores vulnerables ante los riesgos emergentes en el entorno digital.

a) Posibles cuestionamientos.

La propuesta de extender la teoría de defectos en los productos a los servicios digitales puede suscitar diversas críticas de naturaleza jurídica que merecen una consideración detallada. Estas objeciones, lejos de invalidar la propuesta, ofrecen la oportunidad de refinar y fortalecer el argumento a favor de esta extensión.

Una de las principales críticas se centra en la genealogía del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina. Se argumenta que este artículo, al estar arraigado en la tradición del derecho anglosajón y en las discusiones en torno al viejo art. 1113 del Código Civil, está intrínsecamente vinculado a los productos tangibles —las cosas riesgosas— y excluye los servicios de su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta interpretación resulta excesivamente restrictiva y no tiene en cuenta la evolución del derecho del consumidor en las últimas décadas.

El texto del artículo 40 —y asimismo el art. 5— es claro al incluir expresamente los servicios en su ámbito de aplicación, lo que refleja la intención del legislador de extender la protección y la responsabilidad por riesgo creado más allá de los productos tangibles. Esta inclusión no es casual, sino que responde a la transición de una economía basada en productos a una economía de servicios, una realidad que el derecho del consumidor no puede ignorar. El paradigma de la seguridad del producto debe adaptarse a esta nueva realidad económica para mantener su relevancia y eficacia protectora.

Además, la extensión de la teoría de los defectos a los servicios no implica negar la distinción tradicional entre obligaciones de medios y de resultados. Por el contrario, propone un estándar de seguridad aplicable a ambos tipos de obligaciones, centrado en las expectativas razonables del consumidor y la prevención de accidentes de consumo. Este enfoque es particularmente relevante en el contexto de los servicios digitales, donde la distinción entre producto y servicio a menudo se difumina.

Por otro lado, la responsabilidad por defectos en los servicios puede actuar como un poderoso incentivo para que los proveedores inviertan en la seguridad y calidad de sus servicios, asumiendo preventivamente los riesgos de las operaciones que facilitan. Lejos de perjudicar a los consumidores, este enfoque puede llevar a una mejora general en la calidad de los servicios ofrecidos.

En el caso específico de los servicios digitales, la teoría de los defectos puede adaptarse para considerar factores como la seguridad de los datos, la fiabilidad del servicio y la transparencia en la información proporcionada al consumidor. Esta adaptación es crucial en un entorno donde los riesgos para el consumidor a menudo son intangibles, pero no menos reales.

Se podría argumentar también que existen otras herramientas legales, como la responsabilidad por actividades riesgosas, que podrían ser más adecuadas para regular la responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, este argumento pasa por alto la especificidad de la noción de riesgo en el derecho del consumo —y su materialización en la teoría de los defectos— y su capacidad para abordar los problemas particulares de los productos y servicios de consumo. La teoría de los defectos ofrece un marco más preciso para evaluar las expectativas razonables del consumidor y la seguridad del producto o servicio.

Además, lo que vuelve riesgosos a los servicios en plataformas digitales es el defecto, no necesariamente la actividad en sí misma. La teoría de los defectos permite abordar esta realidad de manera más precisa que la responsabilidad por actividades riesgosas.

Una crítica adicional se centra en la extensión de la obligación de seguridad a los daños patrimoniales. Se argumenta que la obligación de seguridad que sustenta el paradigma de la seguridad del producto está limitada a los daños en la salud del consumidor, mientras que muchos servicios solo causan daños patrimoniales. Sin embargo, esta interpretación

restrictiva no se ajusta a la realidad del consumo moderno, especialmente en el ámbito digital, y toda la jurisprudencia reciente en casos de phishing es prueba de ello¹⁵.

El artículo 42 de la Constitución Argentina menciona explícitamente la protección de los "intereses económicos" de los consumidores. Esta mención constitucional justifica la extensión de la obligación de seguridad a los daños patrimoniales. Además, el concepto de daño al consumidor ha evolucionado para incluir no solo los daños a la salud, sino también los daños económicos y a la seguridad de los datos personales.

En el contexto de los servicios digitales, los daños patrimoniales pueden ser tan significativos como los daños a la salud. Un enfoque que abarque tanto los daños a la salud como los patrimoniales promueve una prevención más integral de los accidentes de consumo en el ámbito digital, reflejando la realidad de la economía moderna.

En conclusión, las críticas jurídicas a la extensión de la teoría de los defectos a los servicios digitales, aunque merecen consideración, no logran invalidar la propuesta. Por el contrario, estas objeciones han permitido refinar y fortalecer el argumento a favor de esta extensión. La adaptación de la teoría de los defectos a los servicios digitales no solo es posible, sino necesaria para garantizar una protección adecuada a los consumidores en la era digital. Esta extensión, lejos de ser una ruptura con la tradición jurídica, representa una evolución natural del derecho del consumidor en respuesta a las nuevas realidades.

¹⁵ Churruarín, Mariano L. (2024). Contratos. El «phishing» cómo accidente de consumo. Su tratamiento en la jurisprudencia. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2024-1: Persona y entorno digital* (pp. 517-594). Rubinzal Culzoni.

**LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS PUEDE
RESOLVERSE CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 DE LA
L.D.C.**

Por Mariano Lino Churruarin¹

I. CONCLUSIONES

1. El artículo 40 de la LDC es el régimen legal aplicable para los supuestos de responsabilidad de los casos de daños sufridos por consumidores quienes contrataron a través de plataformas digitales.
2. La legislación existente permite dar respuesta a los casos de las plataformas digitales. No obstante, la existencia de una norma que regule específicamente el tema puede traer mayor uniformidad para el dictado de sentencias judiciales.
3. Estas diferencias en el modelo de negocio, el grado de control sobre las transacciones y la naturaleza de la interacción con los usuarios podrían justificar estándares de responsabilidad diferenciados.
4. El desafío para el sistema jurídico argentino en los próximos años será desarrollar un enfoque que proteja efectivamente a los consumidores en el entorno digital, sin por ello imponer cargas excesivas que puedan obstaculizar la innovación y el crecimiento del comercio electrónico. La diferenciación de las distintas funciones y dimensión de las plataformas será necesaria ser tomada en cuenta para el análisis de la responsabilidad y los requisitos para eventualmente eximirse de responsabilidad.

¹ Abogado, en ejercicio. Especialista en Derecho De Daños. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Magister en Derecho Ambiental y Urbanístico, Universidad De Limoges, Francia. Especialista en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional Del Litoral. Profesor Adjunto Ordinario de las Cátedras de Obligaciones, Contratos y Consumidores, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL. Profesor Adjunto Universidad Católica Argentina, Subsede Paraná, Responsabilidades Especiales y Seguro. Consejero por el estamento académico (2018/2020) y Presidente Consejo de la Magistratura de la Provincia De Entre Ríos (2020/2023).

II. FUNDAMENTOS

1. SIN PLATAFORMAS NO EXISTIRÍAN CONTACTOS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES

El tema resulta de gran relevancia en tanto la actividad de intermediación entre proveedores de bienes y servicios y consumidores se ha convertido en una actividad económica relevante, con proyecciones de crecimiento exponencial.

Es en el lugar de las plataformas digitales, en donde consumidores pueden tomar contacto con proveedores que nunca hubieran conocido, y viceversa proveedores ofrecen sus productos a consumidores a quienes nunca hubiera alcanzado poder realizar sus ofertas de bienes y servicios.

Solo con observar el crecimiento y expansión en los últimos años de las plataformas de intermediación como UBER, Airbnb, Booking o Mercado libre se advierte que son verdaderas empresas que cambiaron el negocio del transporte, de los alojamientos temporarios, de agencias de turismo y de comercialización de bienes en el mundo.

Tan es así, que pusieron en crisis la subsistencia de las empresas tradicionales que realizaban dichas actividades, debiendo éstas adaptar sus negocios y comenzar a competir bajo la lógica de las plataformas digitales, y de no hacerlo corren el riesgo de quedarse fuera del mercado. Los servicios de hotelerías tradicionales, necesitaron recurrir al uso de plataformas, para garantizar sus ocupaciones. Los taxis de buenos aires que antes tenían el monopolio del servicio y sus ofertas las realizaban circulando por las calles de la ciudad, hoy tuvieron que recurrir a su propia plataforma, a fin de poder competir con las otras plataformas y aplicaciones que empezaron a colonizar el mercado en la ciudad.

Por su parte, la intermediación se viene posicionando como una actividad económica relevante y complementaria de las empresas que realizan comercio electrónico, quienes advirtieron que pueden iniciar un nuevo negocio, el de convertirse en plataformas digitales. Por su posición en el mercado, sus carteras de clientes, usuarios de sus páginas, importantes empresas de distintos rubros han incorporado esta nueva actividad de ser plataformas de intermediación ofreciendo bienes o servicios de terceros. Quien visite o navegue por las páginas de internet de las empresas de venta de electrodomésticos en Argentina, por ejemplo, podrá advertir que muchos de los productos que se ofrecen en la página del vendedor, ya no son

vendidos por la empresa, sino que son productos de fabricantes u otros vendedores quienes utilizan la plataforma de la empresa de electrodomésticos para llegar a los consumidores que visitan su página posicionada en el mercado. Los vendedores de electrodomésticos se están convirtiendo en verdaderas plataformas digitales de intermediación entre vendedores y consumidores, pasando a ser esta intermediación una nueva actividad de su operatoria comercial.

Es por ello, que sin dudas las plataformas digitales son el nuevo lugar, el nuevo espacio de intercambio, donde proveedores pueden entablar las relaciones de consumo. Y es por ello, que los propietarios de estas plataformas digitales deben asumir los riesgos de los eventuales daños que sufran los consumidores a partir de su intermediación.

2. LOS PRECEDENTES EN ARGENTINA

En nuestra jurisprudencia ha sido pendular en el sentido de atribuir la responsabilidad directa y solidaria de la plataforma, con aquellas que han entendido que existe un supuesto de responsabilidad subjetiva de la plataforma digital, en tanto estas realizan una actividad de intermediación pasiva, y no son parte de la concreción del negocio entre proveedores y consumidores.

a) Las plataformas son responsables objetivos

El punto de partida de esta evolución jurisprudencial se encuentra en el caso "Claps, Enrique Martín c. Mercado Libre S.A.", resuelto en 2012 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K. Este caso sentó las bases para una interpretación expansiva de la responsabilidad de las plataformas digitales. Los hechos del caso involucraban al demandante, Enrique Martín Claps, quien adquirió un producto a través de la plataforma Mercado Libre que resultó ser defectuoso. Al no poder contactar al vendedor, Claps demandó a Mercado Libre argumentando su responsabilidad como proveedor en la cadena de comercialización.

El tribunal aplicó la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), específicamente el artículo 40, que establece la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización. La Cámara consideró a Mercado Libre como "proveedor" según esta ley, extendiendo así el concepto tradicional de proveedor a las plataformas de comercio electrónico. Esta decisión implicó la aplicación de una responsabilidad objetiva y

solidaria, argumentando que Mercado Libre, al crear una "apariencia" de confiabilidad, asumía responsabilidad por las transacciones realizadas en su plataforma.

Un aspecto particularmente relevante del fallo Claps fue la afirmación del tribunal de que "el ámbito del comercio electrónico, lejos de atenuar la responsabilidad, la incrementa", estableciendo así un estándar más alto para las plataformas digitales. El fallo enfatizó que la confianza generada por Mercado Libre era tanto la fuente de sus obligaciones como de sus ganancias, vinculando así el modelo de negocio con la responsabilidad legal.

Este enfoque, si bien buscaba proteger a los consumidores en el entorno digital, planteó varias cuestiones problemáticas. En primer lugar, la equiparación de una plataforma de intermediación con un proveedor directo podría considerarse excesiva, ya que no tiene en cuenta las particularidades del modelo de negocio de las plataformas digitales, que difieren significativamente de los proveedores tradicionales. Además, la afirmación de que el comercio electrónico incrementa la responsabilidad podría ser cuestionable, ya que no se fundamenta en una base legal sólida, sino en una interpretación judicial de las características del medio digital.

En igual sentido un reciente precedente "Blotta...", resuelto el pasado mes de julio de 2024, se confirma la sentencia de primera instancia que había aplicado el artículo 40 de la LDC, responsabilizando solidariamente a la empresa Booking, por su intermediación.

En dicha sentencia se desarrolla el fundamento de la apariencia como argumento para fundar la responsabilidad, afirmando que la empresa que publicita los hoteles participa del negocio, y las condiciones objetivas de su intervención generan expectativas del consumidor en el cumplimiento del contrato.

Por su parte, también resulta interesante en este fallo el análisis del diseño de del sistema societario que adoptan las plataformas digitales, en donde la sociedad extranjera constituye sociedades controladas en los distintos países, para poder prestar el servicio de manera más eficiente. Concluyendo que toda la actividad de las controladas y los beneficios económicos de su actividad sin dudas redundan en beneficio de la sociedad controlante. Ello conlleva a afirmar que Booking internacional, es responsable por la intermediación bajo las plataformas de Booking Argentina, y viceversa.

Estos fundamentos, se presentan como argumentos razonables para incluir a la plataforma Booking, como integrante del polo proveedor y por tanto responsable solidaria del incumplimiento del contrato de consumo.

b) Las plataformas son responsables subjetivos

El panorama jurisprudencial experimentó un giro significativo desde el caso "Claps..." con el caso "Kosten, Esteban c. Mercado Libre S.R.L.", resuelto en 2018 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. Este caso involucró a Esteban Kosten, quien adquirió un producto a través de Mercado Libre que resultó ser falso. Al no obtener una solución satisfactoria del vendedor, Kosten demandó a Mercado Libre alegando su responsabilidad en la transacción.

En contraste con el caso Claps, el tribunal en Kosten adoptó un enfoque radicalmente diferente. Se basó en gran medida en el derecho comparado, especialmente en la normativa europea sobre comercio electrónico, ante la falta de legislación específica en Argentina. También consideró la Ley de Defensa del Consumidor, pero la interpretó de manera más restrictiva que en el caso Claps.

La Cámara introdujo una distinción crucial entre roles activos y pasivos de las plataformas, considerando que Mercado Libre actuaba principalmente como un intermediario. El tribunal sostuvo que "puede hablarse de una exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas o subastas on line cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados". Este criterio se basó en la idea de que Mercado Libre no tenía control efectivo sobre los productos ofrecidos ni sobre la información proporcionada por los vendedores.

El fallo Kosten marca adopta una postura más favorable a no responsabilidad de las plataformas digitales. Sin embargo, esta decisión no está exenta de críticas. La fuerte dependencia del derecho comparado podría cuestionarse, dada la existencia de normativa local de protección al consumidor que podría haberse aplicado. En efecto, desde el punto de vista normativo, la plataforma digital se encuentra incluida dentro del polo de los proveedores, según la norma del artículo 40 de la LDC. Además, la distinción entre roles activos y pasivos, si bien introduce un nuevo criterio de evaluación, no proporciona pautas claras para determinar cuándo una

plataforma desempeña un "papel activo", lo que podría generar incertidumbre jurídica en futuros casos.

Otro aspecto cuestionable del fallo *Kosten* es que parece no considerar adecuadamente el grado de control que las plataformas ejercen sobre las transacciones, incluyendo aspectos como la gestión de pagos y la calificación de usuarios, que podrían interpretarse como un rol más activo que el de un mero intermediario. Esta omisión podría llevar a una subestimación de la responsabilidad de las plataformas en ciertas circunstancias.

c) La plataforma como proveedor de servicios: obligación de seguridad y deberes de diligencia

La evolución jurisprudencial continuó con el caso "*Pergierycht, Damián c. OLX S.A.*", resuelto en 2021 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C. Este caso representa un punto intermedio entre los enfoques de *Claps* y *Kosten*, reconociendo cierto grado de responsabilidad de las plataformas sin llegar a la responsabilidad objetiva plena.

Los hechos del caso *Pergierycht* involucraban a Damián *Pergierycht*, quien intentó comprar un vehículo a través de la plataforma OLX. Después de acordar la compra y realizar una transferencia bancaria, *Pergierycht* descubrió que había sido víctima de una estafa. El vendedor había utilizado información falsa para publicar el anuncio en OLX.

El tribunal aplicó la Ley de Defensa del Consumidor, pero también consideró los principios establecidos en casos anteriores sobre la responsabilidad de las plataformas digitales. La Cámara sostuvo que OLX tenía la obligación de implementar medidas para verificar la identidad de los usuarios que publican anuncios en su plataforma. Se argumentó que OLX no era un mero intermediario pasivo, sino que desempeñaba un papel activo en la facilitación de las transacciones.

Un aspecto notable del fallo *Pergierycht* fue la consideración de las expectativas razonables del consumidor. El tribunal consideró que los consumidores tienen expectativas razonables de que las plataformas implementen medidas básicas de seguridad y verificación. Además, se adoptó una interpretación favorable al consumidor de las normas de protección al consumidor.

Sin embargo, el fallo Pergierycht también presenta algunas limitaciones y posibles inconsistencias. El tribunal no proporciona directrices claras sobre qué medidas específicas de verificación serían suficientes para cumplir con el deber de diligencia. Esta falta de especificidad podría generar incertidumbre para las plataformas sobre cómo cumplir con sus obligaciones. Además, el fallo parece no distinguir entre diferentes tipos de plataformas (por ejemplo, marketplace vs. sitios de clasificados), lo que podría plantear desafíos en la aplicación uniforme de este estándar de responsabilidad.

El caso más reciente en esta evolución jurisprudencial es "Mussi, Julio Cesar c. Mercado Libre S.R.L. y otro", resuelto en 2022 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I. Este caso representa un intento de encontrar un equilibrio entre los enfoques anteriores, buscando proteger a los consumidores sin imponer una carga excesiva a las plataformas digitales.

Julio Cesar Mussi adquirió un vehículo a través de Mercado Libre. Posteriormente, descubrió que el vehículo tenía problemas mecánicos no divulgados y que el vendedor había proporcionado información falsa. Mussi demandó tanto al vendedor como a Mercado Libre. El tribunal consideró la Ley de Defensa del Consumidor y la jurisprudencia previa sobre la responsabilidad de las plataformas digitales, incluyendo los casos Kosten y Pergierycht.

La Cámara siguió la línea Kosten al eximir a Mercado Libre de responsabilidad directa en el caso concreto, considerando que actuaba principalmente como un intermediario entre compradores y vendedores. El tribunal no encontró evidencia de que Mercado Libre tuviera conocimiento efectivo de la información falsa proporcionada por el vendedor.

Sin embargo, el aspecto más interesante del fallo Mussi es que, a pesar de eximir a Mercado Libre de responsabilidad, el tribunal exhortó a la plataforma a "implementar las medidas necesarias a fin de muñirse de todos los datos que identifiquen debidamente a los oferentes de productos y servicios". Esta exhortación representa un reconocimiento de que, si bien las plataformas pueden no ser directamente responsables en todos los casos, tienen una obligación de mejorar continuamente sus prácticas para proteger a los consumidores.

El fallo Mussi intenta encontrar un equilibrio entre la protección al consumidor y el reconocimiento de las limitaciones de las plataformas

digitales. Sin embargo, la combinación de eximir de responsabilidad y al mismo tiempo exhortar a mejorar las prácticas podría parecer contradictoria. El tribunal no especifica qué medidas concretas deberían implementarse para cumplir con el exhorto, lo que podría generar incertidumbre sobre el estándar de diligencia esperado en el futuro. Además, el fallo no aborda adecuadamente la cuestión de cómo este exhorto podría afectar futuros casos de responsabilidad si las plataformas no implementan mejoras en sus sistemas de verificación.

3. REFLEXIONES FINALES

- a) *El artículo 40 de la LDC es el régimen legal aplicable para los supuestos de responsabilidad de los casos de daños sufridos por consumidores quienes contrataron a través de plataformas digitales.*

Entiendo que sería de aplicación el sistema de responsabilidad civil del artículo 40 de la LDC a los casos de daños sufridos por consumidores que se vincularon a través de una relación de consumo mediante plataformas digitales.

Si bien es cierto que el diseño del sistema de responsabilidad del artículo 40 de la LDC estuvo pensado originariamente para los casos de defectos de los productos, no deja de serlo, que la actividad de intermediación que realizan las plataformas digitales, puede subsumirse claramente en el presupuesto de hecho de la norma del artículo 40 de la LDC.

En este sentido, extender la teoría de responsabilidad por productos elaborados a los servicios digitales, me parece una posición que desarrolla el principio de protección consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, sin desnaturalizar la estructura del artículo 40 de la LDC. Esta propuesta, debería desarrollar una analogía entre los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia relativos al defecto del producto hacia los defectos del servicio; a fin de proporcionar un marco más coherente para abordar la responsabilidad de las plataformas digitales, integrando conceptos como la seguridad razonable y el accidente de consumo en el contexto digital.

La extensión de esta teoría podría ofrecer varias ventajas. En primer lugar, proporcionaría un marco más coherente con el sistema de protección al consumidor existente, ofreciendo una protección más robusta al extender principios probados de responsabilidad objetiva al ámbito digital.

Este enfoque se alinearía con la obligación de seguridad establecida en el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor y la responsabilidad solidaria del artículo 40, al tiempo que incorporaría los deberes de diligencia debida que se comienzan a enunciar en algunos fallos locales.

Bajo este enfoque, se consideraría que una plataforma presta un servicio defectuoso cuando no cumple con las expectativas razonables de seguridad del consumidor, no supera el test de riesgo/utilidad, no proporciona información adecuada sobre los riesgos del servicio, o presenta fallas en su diseño o funcionamiento que ponen en riesgo inaceptable al consumidor. Este marco podría proporcionar una base más sólida para evaluar la responsabilidad de las plataformas digitales, integrando las consideraciones de seguridad, prevención de fraudes y protección al consumidor destacadas en la jurisprudencia reciente.

Esta tesis funciona sin problemas en los casos de intermediación activa de la plataforma. Sin embargo, puede resultar una situación más discutida en los casos de intermediación pasiva de las plataformas digitales. No obstante, esta intermediación pasiva, tiene elementos que determinan igualmente la justificación de colocarlos en la posición de detentar un deber legal de garantía, respecto de los productos o servicios que son ofrecidos por este medio, los que de otra manera nunca podrían haber llegado a conocimiento del consumidor.

A pesar de estos desafíos, la extensión de la teoría de responsabilidad por productos elaborados a los servicios digitales podría ofrecer un camino prometedor para abordar las complejidades de la responsabilidad de las plataformas digitales. Este enfoque permitiría mantener la coherencia con los principios establecidos del derecho del consumidor, al tiempo que se adapta a las realidades específicas del comercio electrónico, y puede dar una respuesta razonable ante la frustración de las expectativas del consumidor

Finalmente, quedará en cabeza de la plataforma, acreditar los presupuestos de la norma del artículo 40 de la LDC, para eximirse de responsabilidad.

b) ¿Es necesario dictar una legislación que regule la actividad de las plataformas digitales?

La evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad de plataformas digitales en Argentina, refleja la complejidad de adaptar los principios tradicionales del derecho del consumidor al entorno digital. Esta

progresión desde una responsabilidad objetiva amplia hacia enfoques más matizados que intentan equilibrar la protección del consumidor con las realidades del comercio electrónico plantea varios desafíos y consideraciones importantes.

Por ello me pregunto ¿la disparidad en los fallos sugiere la necesidad urgente de una legislación específica que aborde la responsabilidad de las plataformas digitales, proporcionando mayor seguridad jurídica tanto para las empresas como para los consumidores?

Desde mi mirada la legislación existente permite dar respuesta a los casos de las plataformas digitales. No obstante, la existencia de una norma que regule específicamente el tema puede traer mayor uniformidad para el dictado de sentencias judiciales

La falta de un marco legal claro ha llevado a los tribunales a recurrir al derecho comparado y a interpretaciones creativas de las normas existentes, lo que ha resultado en cierta inconsistencia jurisprudencial.

Existe una dificultad en definir claramente el rol de las plataformas (intermediario vs. proveedor), lo que afecta directamente la determinación de su responsabilidad. Los fallos analizados muestran una evolución en la percepción de este rol, desde la equiparación con un proveedor directo en Claps y Blotta hasta el reconocimiento de un papel más matizado en Mussi. Sin embargo, aún no se ha establecido un criterio uniforme y claro para determinar cuándo una plataforma desempeña un "papel activo" que justifique una mayor responsabilidad.

Los fallos que no receptan la responsabilidad directa de la plataforma, particularmente Pergierycht y Mussi, sugieren la necesidad de establecer estándares claros de diligencia debida para las plataformas. Sin embargo, no proporcionan directrices específicas sobre qué medidas concretas deberían implementar las plataformas para cumplir con estas expectativas. Esta falta de claridad podría generar incertidumbre para las empresas y potencialmente llevar a una aplicación inconsistente de la ley en futuros casos.

Existe una tensión constante entre la necesidad de proteger a los consumidores y el deseo de no obstaculizar la innovación en el comercio electrónico. Los tribunales han intentado equilibrar estos intereses, pero la falta de un marco legal específico dificulta lograr un balance adecuado. La exhortación en el caso Mussi para que las plataformas mejoren sus prácticas,

sin imponer una responsabilidad directa, es un ejemplo de este intento de equilibrio.

La U.E. ha dictado en el año 2022 el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. En dicha normativa se incluye una regulación exhaustiva sobre las plataformas digitales, diseñando, un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios; estableciendo las obligaciones específicas de diligencia debida, que deben adoptar quienes se encuentren incluidos en las categorías específicas de prestadores de servicios intermediarios.

Si bien el sistema de la U.E. no consagra la responsabilidad directa de los intermediarios, impone a los mismos numerosos deberes de diligencia, los que, si son incumplidos, los torna responsables. El proyecto de reforma de Código de Defensas del Consumidor, de 2018 se enrola en esta línea de regulación estableciendo “ARTÍCULO 73. Portales de venta o subasta on line. De conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico sólo será posible cuando: 1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible; 2. No ha generado una particular confianza en el consumidor.”

La regulación de la actividad y la responsabilidad de las plataformas digitales también plantea consideraciones más amplias sobre la naturaleza cambiante del comercio y las relaciones de consumo en la era digital. Las plataformas han creado nuevos modelos de intermediación que desafían las categorías tradicionales del derecho del consumidor.

c) La necesidad de distinción de las plataformas digitales

Finalmente, un aspecto esencial es distinguir los diferentes tipos de plataformas digitales.

Estas diferencias en el modelo de negocio, el grado de control sobre las transacciones y la naturaleza de la interacción con los usuarios podrían justificar estándares de responsabilidad diferenciados.

El desafío para el sistema jurídico argentino en los próximos años será desarrollar un enfoque que proteja efectivamente a los consumidores en el entorno digital, sin por ello imponer cargas excesivas que puedan

obstaculizar la innovación y el crecimiento del comercio electrónico. La diferenciación de las distintas funciones y dimensión de las plataformas será necesaria ser tomada en cuenta para el análisis de la responsabilidad y los requisitos para eventualmente eximirse de responsabilidad

A pesar de ello, las plataformas digitales entiendo se encuentran en una posición que deben garantizar que los consumidores no sufran daños por la actividad que pudieron haber desarrollado a través de las mismas.

CONSUMIDORES, REDES SOCIALES E IA: EL CONTRATO DE SERVICIO Y ASISTENCIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por Juan Ignacio Cruz Matteri¹ y
Fiorella Guadalupe Lezana Divarvaro²

I. CONCLUSIONES

1. Considerar el servicio de IA en redes sociales brindado al usuario como un Contrato de Servicio y Asistencia de Inteligencia Artificial.
2. Que la relación jurídica que une al usuario entre los proveedores de redes sociales es la de consumidor, por ende siendo aplicable la Ley 24.240 y la normativa de consumo del CCYC.

II. FUNDAMENTOS

1. CUESTIONES PREVIAS

a) *¿Por qué hablar de datos y consumo?*

En la actualidad, los conflictos más comunes están relacionados con el derecho del consumidor, tanto en instancias prejudiciales como judiciales, ya que prácticamente todas las personas físicas actúan como consumidores. Una gran mayoría de la población adquiere bienes y servicios a través de internet, utilizando aplicaciones móviles, navegadores web, televisores inteligentes, e incluso redes sociales. El usuario de internet es, por lo tanto,

¹ Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Arbitro Nacional de Consumo (2020-2024). Ponencia presentada con el aval del Prof. Dr. Sergio Sebastián Barocelli.

² Abogada. Relatora del Juzgado en lo Civil y Comercial Común de la XII Nominación del centro judicial capital de Tucumán. Diplomada en Razonamiento Legal Aplicado por la Universidad San Pablo T. Miembro de la Comisión de Derecho de Consumidor de la Asociación de Magistrados de Tucumán.

un consumidor, lo que implica la aplicación de las normativas de defensa del consumidor en este entorno digital.

Entre las obligaciones de los proveedores, destaca el deber de información establecido en el artículo 4 de la Ley 24.240. Este deber abarca tanto los riesgos y limitaciones asociados al uso de las diversas plataformas, como la obligación de informar sobre la disposición de los datos personales que los usuarios proporcionan a dichas plataformas.

Es crucial reconocer que los servicios ofrecidos por las redes sociales no son necesariamente gratuitos para el consumidor. Consideramos que existe una contraprestación continua y a menudo oculta, que consiste en la captación de nuestros datos, tanto los públicos como aquellos que voluntariamente ingresamos en las aplicaciones. Las redes sociales recopilan información sobre los usuarios, como sus intereses, comportamientos y datos demográficos, lo que permite a los anunciantes dirigir sus campañas a públicos específicos, financiando así el modelo de negocio de estas plataformas. Esta relación simbiótica entre redes sociales y anunciantes es fundamental: mientras las plataformas proporcionan espacio, audiencia y datos, los anunciantes financian las operaciones y el crecimiento de estas a través de sus inversiones publicitarias³. Esta dinámica permite que las redes sociales continúen operando y mejorando, al tiempo que las empresas incrementan su visibilidad y ventas. En este sentido, el usuario de redes sociales debe ser considerado un consumidor.

La implementación automática y obligatoria de la inteligencia artificial (IA) en las redes sociales no es un acto arbitrario ni un servicio gratuito ofrecido por las empresas, sino una estrategia para captar datos personales con fines estrictamente mercantiles. Los algoritmos de IA aplicados al lenguaje humano aprovechan los datos proporcionados por los usuarios para aprender, tomar decisiones y resolver problemas. Son estos datos, vertidos por los usuarios, los que optimizan y configuran las máquinas, convirtiéndolas en motores cada vez más eficientes.

Por ello, resulta imprescindible abordar el vínculo entre los datos personales y el derecho del consumo. Además, ante la creciente implementación de nuevas inteligencias artificiales, es fundamental comprender la mecánica que las sustenta y reflexionar sobre cómo la

³ EVANS, Dave y MCKEE, Jake, "Social Media Marketing: The Next Generation of Business Engagement", Editor John Wiley & Sons, 2010, p. 93.

protección de los consumidores y usuarios debe integrarse armónicamente con la protección de nuestros datos personales. La intersección entre la protección constitucional del consumidor y la de los titulares de datos es clave para entender de manera integral la dinámica existente entre las redes sociales, los usuarios y las empresas de marketing.

b) Definiciones previas

Algoritmos: Es un conjunto de instrucciones, reglas o una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones.⁴

Inteligencia artificial: Arte de elaborar sistemas capaces de resolver problemas y desempeñar tareas mediante la simulación de procesos intelectuales. Se puede enseñar a la inteligencia artificial a resolver un problema, pero ella también puede estudiar el problema y aprender la manera de resolverlo por sí misma sin intervención humana.⁵

Chatbot: Sistema de conversación de máquinas que interactúan con usuarios humanos a través de un lenguaje de conversación natural⁶.

Datos: Representaciones de hechos, conceptos o instrucciones bajo una forma adaptada a la comunicación, a la interpretación o al tratamiento por seres humanos o máquinas. Se diferencia de la información, en tanto ella es el significado que toman los datos de acuerdo con convenciones vinculadas a estos datos⁷.

⁴ CORVALÁN, Juan G., DÍAZ DÁVILA, Laura C. y SIMARI, Gerardi I., “Inteligencia artificial: bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones”, en *Tratado de Inteligencia Artificial*, Juan G. Corvalán (director), La Ley, Buenos Aires, tomo I, p. 21.

⁵ Resolución A-CN.9.690 de la Asamblea General de la ONU. Disponible en <https://undocs.org/sp/A/CN.9/960>

⁶ SHAWAR y ATWELL, 2005, p. 485, citado por LEDESMA, José Osvaldo, “Inteligencia artificial, lenguaje claro y patrocinio letrado en las pequeñas causas”, *Revista de Derecho Procesal, Gestión e innovación en el proceso*, Roland Arazí (Director), 1ª edición, Rubinzal Culzoni Editores, 2023.

⁷ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional: Hábeas data. Protección de datos personales: doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición, ampliada y reformada, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 126.

2. IA APLICADA A LAS REDES SOCIALES

La introducción de META al mercado de las inteligencias artificiales no fue unidireccional. La empresa matriz de las principales redes sociales sirvió un amplio catálogo de IAs, el cual fue cuidadosamente curado para mezclarse con el entorno que las rodeaba. Así, en Instagram, anunció la creación de chatbots que clonaban el rostro y la forma de ser celebridades, prometiendo a los usuarios hablar con su celebridad favorita. Esto les facilitaba, por un lado, captar datos personales, y por otro, derribar las barreras de resistencia existentes entre la juventud reticente a las inteligencias artificiales.⁸

No obstante, la propuesta de Instagram duró poco tiempo. El proyecto cerró sus puertas: si uno busca a los usuarios clones, la leyenda “Página no encontrada” reemplaza los perfiles cuidadosamente creados. Muchas fueron las especulaciones detrás del fracaso: los usuarios sentían confusión, temor, las IAs eran espeluznantes, etcétera. En definitiva, la razón primaria del fracaso lo explican los números: mientras que las celebridades mantenían centenas de millones de seguidores, sus avatares apenas lograban a llegar a los cientos de miles. La brecha nos indica, tal vez, que la autenticidad todavía tiene valor entre los usuarios.

A su cierre una vocera de META, Liz Sweeney⁹, confirmó que la empresa aprendió suficientemente sobre las formas que tienen las personas en interactuar con las inteligencias Artificiales. Esos datos serán usados para hacer evolucionar AI Studio, la empresa de META especializada en desarrollar estas inteligencias artificiales.

En WhatsApp, META IA fue desplegado ante los usuarios, con promesas de asistencia virtual y entretenimiento. Sin embargo, antes de realizar una inferencia incorrecta, dejare que META IA se presente a si misma.

Si uno le consulta al asistente «¿Qué es META IA?», aquél responde: «Soy Meta AI, un asistente de inteligencia artificial creado por Meta para ayudar a las personas a obtener información, resolver dudas y realizar

⁸ <https://www.infobae.com/america/agencias/2024/07/31/meta-descarta-los-chatbots-inspirados-en-famosos-en-favor-de-ai-studio/>

⁹ <https://www.theverge.com/2024/7/30/24209918/meta-celebrity-lookalike-ai-chatbots-moves-on>

diversas tareas. Puedo responder preguntas, generar texto, ofrecer recomendaciones y mucho más. Mi objetivo es asistir y facilitar la vida diaria de las personas. ¿En qué puedo ayudarte hoy?»

En este sentido, la herramienta se presenta como un asistente cuyo objetivo es facilitar la vida diaria de las personas. En realidad, lo que estamos contemplando es un chatbot con inteligencia artificial engranada en su algoritmo.

Este es el resultado de preguntar a META IA si aquella recolecta mis datos: «Sí, como asistente de inteligencia artificial, recolecto datos de tus interacciones conmigo para mejorar mi comprensión y respuesta. Esto incluye: -Texto de tus preguntas y respuestas; -Interacciones y retroalimentación; -Datos de uso y preferencias. Sin embargo, no recolecto información personal como: -Nombre o identificación; -Ubicación geográfica; -Datos de contacto. Tus datos se utilizan para: - Mejorar la precisión y relevancia de mis respuestas; - Desarrollar y entrenar modelos de lenguaje; - Ofrecer experiencias personalizadas. Recuerda que puedes solicitar la eliminación de tus datos en cualquier momento». En otras palabras, citando a Sahian “las nuevas tecnologías habilitan a generar publicidad personalizada, lo que es cotidianamente comprobable con bastante sencillez”.¹⁰

Explicado el contexto, resulta útil analizar entonces esta propuesta bajo la luz de nuestra normativa protectoria.

3. NATURALEZA JURÍDICA SUBYACENTE

Desde nuestro punto de vista partimos de la premisa que la relación jurídica que une al usuario y al servicio de IA es el contrato de servicios. El actual Código Civil y Comercial señala en su art 970 que "Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.". Es por ello que el servicio de asistencia de IA ofrecidos por META constituye verdaderamente una prestación de servicios. En este sentido, conceptualizamos al servicio

¹⁰ SAHIÁN, José H., “Responsabilidad por la formación algorítmica de precios personalizados”, *Temas de Derecho Privado (Tomo III) - Derecho de Daños: "Daños derivados de la inteligencia artificial"* IJ-V-DCCCLII-804

conforme lo esgrimido por la normativa del Mercosur en materia consumeril: “cualquier actividad remunerada directa o indirectamente, suministrada en el mercado de consumo, por un proveedor profesional, cualquiera sea su objeto, que tenga por finalidad satisfacer necesidades de consumidores en su carácter de destinatarios finales de los mismos, con excepción de las relaciones laborales”¹¹.

Los caracteres que presenta este contrato son los siguientes:

a) Contrato de ejecución continuada

Es contrato de ejecución continuada, periódica o tracto sucesivo, aquel en el cual las partes se desenvuelven a través de un período más o menos prolongado¹².

El contrato se consuma por intermedio del uso que haga la persona física o jurídica del mismo, y se convierte en ese momento en un contrato de ejecución continuada al estar disponible de forma permanente para el usuario.

b) Contrato de consumo

Teniendo en consideración el artículo 1° y 2° de la ley 24.240 y lo dispuesto en el art 1093 del CCYC, el uso que se haga del chatbot transformará la relación subyacente en una de consumo cuando no se reincorpore a una cadena de comercialización. Es decir, cuando el usuario use la herramienta a fines personales o de entretenimiento.

No obstante, ello, consideramos que resulta útil observar a través del lente de la tesis mixta el servicio prestado por META. Esta tesis toma en consideración la vulnerabilidad del sujeto protegido, el cual puede ser económica, técnica, jurídica, informativa o material¹³. En este sentido, la diferencia diametral en la información que manejan ambos sujetos de la relación jurídica es explícita: la profesionalidad que posee META resulta

¹¹ Artículo 1.e, resolución 34/2011, Grupo Mercado Común, Mercosur, extraído de CHAMATROPULOS, Alejandro Demetrio, *Estatuto del consumidor*. Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 148.

¹² BORDA, Alejandro, *Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 30.

¹³ CHAMATRÓPULOS, Alejandro Demetrio, *Estatuto del consumidor*, Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 47.

distinta del conocimiento que puede llegar a tener el usuario, por más que sea una empresa o una persona que utilice esta asistencia de la IA con fines laborales. Esto, en tanto estos últimos no poseen el entendimiento específico sobre su funcionamiento, y por lo tanto, se encuentran en una posición vulnerable en relación a la empresa matriz de redes sociales. En consecuencia, y haciendo estricta aplicación de esta tesis, aquella relación siempre será de consumo.

c) Contrato de adhesión

Estos instrumentos son hechos de manera estandarizada, buscando abarcar la mayor cantidad de usuarios posibles, son hechos en masa. La autonomía de la voluntad queda limitada a la simple aceptación de todos los términos del contrato para su conclusión y perfeccionamiento, o a la no aceptación, quedándose el usuario sin el servicio o producto deseado.

Asimismo, en estas líneas también corresponde tratar el caso de las actualizaciones en materia de términos y condiciones del contrato, es decir, el cambio de las condiciones durante la ejecución de este. Me limitaré a destacar que para que esa actualización tenga la virtualidad suficiente para informar debidamente al consumidor debe utilizar medios idóneos para ello. No basta con presentar textos infinitos con letras ínfimas sobre los nuevos alcances obligacionales, sino que resulta necesario presentar la información de forma tal que cualquier consumidor lo pueda entender. El uso de infografías y material interactivo es implementado por las empresas a la hora de introducir a los usuarios nuevas funcionalidades en el software, por ello, entiendo que las formas de informar de forma user-friendly existen y deben extenderse para situaciones más importantes, como lo son los cambios en los términos y condiciones contractuales.

d) Consensual

El contrato queda perfeccionado con solo el consenso de las partes.

e) Bilateral

El contrato es naturalmente bilateral, pues ambas partes quedan recíprocamente obligadas, una a prestar un servicio y la otra a pagar, en dinero o en especie, por el servicio prestado. Se puede pactar que sea gratuito cuando se busque beneficiar a una de las partes o cuando se pueda presumir dicha intención (art. 1251 *in fine*).

f) Conmutativo

El contrato es conmutativo, pues el valor de intercambio será determinado o determinable.

g) No formal

La norma no requiere forma alguna en particular para la validez de este contrato o para la producción de sus efectos.¹⁴ Aunque en la práctica la mayoría de estos contratos es de adhesión, como es el del caso de estudio.

h) De efecto personal

Las partes, conforme al contrato celebrado, se obligan a efectuar determinada prestación, tanto de hacer y eventualmente de dar. El proveedor a prestar el servicio de I.A en el marco de las redes sociales y el consumidor, conforme a su uso, a darle el uso alimentándolo con información y datos de consumo personales al usuario.

i) ¿Gratuito u oneroso?

El contrato de servicio prestado por META parece gratuito por mera apariencia. No obstante ello, entendemos que aquel debe ser considerado como oneroso.

La onerosidad exige el desplazamiento recíproco de la atribución patrimonial. Explica Stiglitz que el carácter oneroso de una operación resultará de la compensación del provecho que una parte destina a otra, como contrapartida del sacrificio patrimonial de esta última en favor de la primera, lo que presupone una relación causal de los términos del intercambio. En consecuencia, esgrime que el principio de onerosidad se halla constituido por la legítima expectativa que cada parte tiene en que la relación causal entre las ventajas y sacrificios recíprocos, se ajuste a un principio de equivalencia¹⁵.

¹⁴ STIGLITZ, Rubén S., *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial. Contratos Parte especial*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 124.

¹⁵ STIGLITZ, Rubén S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Tomo 1, 3ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 105-107.

En el caso que nos ocupa, debe entenderse desplazamiento patrimonial en un sentido amplio. Como se esgrimió en los párrafos anteriores, la información personal del usuario contiene un valor económico, por lo que en el caso que nos ocupa podría decirse que el usuario “abona” el servicio mediante la traslación de aquellos a la empresa.

La cuestión resulta complicada, porque si bien META no exige una contraprestación dineraria por el pago de sus servicios, entiendo que en el estado actual del arte no es posible considerar contraprestación económica exclusivamente al dinero en circulación, por lo que debe admitirse una tesis amplia mediante la cual las obligaciones de dar, en este caso, nuestros datos, puedan ser consideradas por su valor dinerario intrínseco.

Como establece Stiglitz, el interés que tenga una de las partes resulta el enfoque bajo el cual deba analizarse la onerosidad del contrato. En este sentido: “debe entenderse por ‘interés’ la ganancia o provecho material, ‘excluyendo las satisfacciones morales o de la conciencia’”¹⁶.

En el caso en particular, las ventajas y sacrificios de las partes resultan recíprocos: el usuario obtiene entretenimiento y asistencia a cambio de sus datos personales. La satisfacción de dicho interés, es decir, la obtención de los datos, no satisface cuestiones morales o concienzudas de META, sino que significa un verdadero atributo patrimonial.

Si aún no resultan convencidos de la onerosidad inherente al contrato, cabe preguntarse si un contrato de aparcería en el cual las partes se reparten los frutos obtenidos deja de considerarse oneroso por no obligarse una de las partes en entregar un precio cierto en dinero por el servicio obtenido. La propuesta es considerar a los datos como un objeto de intercambio, con un valor intrínseco que ha de ser debidamente valuado en el mercado actual.

En este sentido, recuerda Gozáni que Warren y Brandeis, en su libro “Derecho a la intimidad” de 1890, ya le habían otorgado un valor económico a la intimidad: «el derecho a ser libre garantiza el ejercicio de un amplio haz de derechos subjetivos, y el término propiedad abarca en su significado actual, todo tipo de derechos de dominio, tantos tangibles como intangibles». Culmina su cita agregando que Loianno afirma que tanto la intimidad como la identidad personal poseen todos los atributos de la propiedad, en la medida

¹⁶ STIGLITZ, Rubén S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Tomo 1, 3ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 201.

que constituyen bienes valiosos en sí mismos aún cuando no siempre pueda ese valor ponderarse en dinero¹⁷.

Hoy en día, no obstante, la información es ponderada por su valor económico en el mercado.

En consecuencia, META AI se convierte en un contrato de prestación de servicios, oneroso, de consumo, no formal, conmutativo, bilateral, consensual, de adhesión y de ejecución continuada.

¹⁷ GOZAINI, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional: Hábeas data. Protección de datos personales: doctrina y jurisprudencia, 2ª edición, ampliada y reformada*, Rubinzal-Culzoni, 2011.

NATURALEZA JURÍDICA DEL INFLUENCER: PUBLICIDAD Y DERECHO DEL CONSUMIDOR

Por Juan Ignacio Cruz Matteri¹

I. CONCLUSIONES

1. En similar a lo que fue la Ley N° 27.642 de Promoción de la Alimentación Saludable, también es conocida popularmente como Ley de Etiquetado Frontal, proponemos la sanción de una ley que imponga la obligación del etiquetado del contenido publicitario o de marketing de los influencers en redes sociales.

2. Algunas de las formas de etiquetado podrán ser #Publicidad #Anuncio publicitario #espacio publicitario #publicidad de contenido para @.

3. Se propone identificar, como etiquetado no apto para la información al consumidor las siguientes leyendas: #Gracias a...por el apoyo en este contenido #Sponsor por #En asociación con #En colaboración con o solamente mencionar el nombre de la marca o proveedor.

II. FUNDAMENTOS

1. ABSTRACT

Las redes sociales se han convertido en una parte integral de la vida de personas de todas las edades. Desde niños hasta adultos mayores, todos, en mayor o menor medida, son ávidos consumidores de estas plataformas. En la vida diaria, los usuarios de teléfonos móviles dedican horas a visualizar contenido en redes sociales, a tal punto que algunos sistemas operativos, como Android, ofrecen reportes diarios, semanales y mensuales sobre el tiempo que los usuarios dedican a estas aplicaciones.

¹ Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Arbitro Nacional de Consumo (2020-2024). Ponencia presentada con el aval del Prof. Dr Sergio Sebastian Barocelli.

En este entorno digital, los consumidores se ven expuestos, ya sea por una búsqueda consciente o por la acción de los algoritmos, a la influencia de los “influencers”, quienes promueven una variedad de bienes y servicios. Esto nos lleva a cuestionarnos: ¿estamos ante una mera divulgación altruista o frente a una publicidad encubierta? En este trabajo, me dedicaré a responder esta pregunta.

2. LOS INFLUENCERS. DEFINICIONES. NATURALEZA JURÍDICA

Un influencer es una persona que ha ganado una significativa cantidad de seguidores en plataformas digitales, especialmente en redes sociales, y que tiene la capacidad de influir en las decisiones y comportamientos de su audiencia. Estos individuos suelen especializarse en nichos específicos como moda, belleza, tecnología, fitness, entre otros, y generan contenido que resuena con sus seguidores.

Los influencers colaboran frecuentemente con marcas para promocionar productos o servicios, aprovechando su credibilidad y el vínculo que tienen con su audiencia. La capacidad de un influencer para impactar las decisiones de compra de sus seguidores los convierte en un recurso valioso en el ámbito del marketing digital.

Esta colaboración con diferentes marcas y emprendimientos genera nuevas formas de negocios, siendo los influencers funcionales a las redes sociales. Berreta² lo grafica de esta manera, y opinamos en el mismo sentido, “Es aquí donde los influencers capitalizan su poder de llegada gracias a internet. El negocio se compone de dos pilares fundamentales, el primero es la publicidad y el marketing de influencers, que es donde el influencer presta su imagen y/o su canal para determinadas campañas publicitarias, recibiendo una retribución al respecto. El segundo tiene que ver con crecer en la red, es decir, mantener un buen número de visitas y reproducciones en su canal. Este último punto se explica en el sentido de que las propias redes sociales (Instagram, Youtube, Twitch, etc.) pagan a los influencers de acuerdo con el *engagement* que estos últimos generan en la gente, comprometiéndolos y manteniéndolos fieles al uso de la aplicación, lo que en la jerga se conoce como monetizar”

² Berreta, Patricio Alejandro. “RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INFLUENCER” Universidad San Pablo Tucumán(USP-T). N°13–Año2023-2. ISSN2525-1600.

Barocelli sostiene, y lo cual coincidimos, que para identificarlos se pueden tener en cuenta determinados parámetros, como el alcance (cantidad de seguidores), la relevancia (influencia en los temas de interés que proponen) y la resonancia (el impacto que tienen sus mensajes, que puede ser cuantificado en las interacciones de sus seguidores)³.

Diferentes autores relacionan, intrínsecamente, la definición de consumidor con la función de publicidad. Según Freberg, K., Graham, K., McGaughey, K., y Freberg L, los influencers de redes sociales son personas que han ganado credibilidad en un área específica, tienen acceso a un gran público y pueden influir en las decisiones de otros al compartir sus opiniones y recomendaciones de productos y servicios a través de las redes sociales.⁴ Para Brown y Hayes el influencer se caracteriza por la capacidad de moldear o definir decisiones de consumo "Un influencer es una tercera persona que significativamente moldea las decisiones de compra de otras personas, ya sea por su autoridad, conocimiento, posición o relación con su audiencia"⁵.

El influencer puede ser identificado como un actor publicitario no convencional, ya que se diferencia notablemente de la publicidad o el marketing tradicional. A diferencia de las estrategias clásicas, el influencer surge de manera orgánica dentro del ecosistema de las redes sociales, mimetizándose con el consumidor al actuar como uno más entre ellos. Este tipo de publicidad es inherentemente parte de la dinámica de las redes sociales, permitiendo a los influencers integrarse de manera natural en la vida cotidiana de sus seguidores.

Los influencers son usuarios activos de las redes sociales que han adquirido notoriedad y popularidad dentro de comunidades en línea específicas. Esta autenticidad y proximidad con su audiencia les permite ejercer una influencia considerable sobre las decisiones de consumo de sus seguidores. Glucksman (2017) define a un influencer como "un usuario de

³ Barocelli, Sergio Sebastián- Marhaba, Débora "Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores" Editorial LA LEY 13/07/2020, 13/07/2020, 10, Buenos Aires. Cita Online: AR/DOC/1926/2020

⁴ Freberg, Karen. Graham, Kristin. McGaughey, Karen. Freberg, Laura A. "Who are the social media influencers? A study of public perceptions of personality". Publicado en Fuel and Energy Abstracts , 2011. DOI:10.1016/J.PUBREV.2010.11.001Corpus ID: 93450895

⁵ Duncan Brown, Nick Hayes. Influencer Marketing: Who Really Influences Your Customers?. Routledge, 2008 p 49.

redes sociales que ha ganado notoriedad y popularidad en una comunidad en línea específica, y que utiliza esta posición para influir en las decisiones de sus seguidores, frecuentemente a través de la promoción de productos y servicios"⁶.

Esta definición destaca la capacidad del influencer para generar confianza y credibilidad, elementos fundamentales en la toma de decisiones de los consumidores modernos. Los seguidores perciben a los influencers como individuos accesibles y auténticos, lo que contrasta con las figuras más distantes y corporativas típicas de la publicidad tradicional. En consecuencia, los mensajes promocionales transmitidos por influencers suelen tener un impacto más inmediato y efectivo.

Para Keller y Berry, el influencer es mucho más que un mero distribuidor de información, sino que es un formador de tendencias y decisiones de consumo "Un influencer es una persona que puede cambiar la actitud o el comportamiento de otras personas a través de sus recomendaciones, con un nivel de influencia que va más allá de la mera distribución de información".⁷

Todas estas definiciones reflejan el consenso académico sobre el papel de los influencers en el entorno digital y cómo utilizan su credibilidad y alcance para impactar las decisiones de sus seguidores.

Desde un punto de vista jurídico podemos animarnos a esbozar la naturaleza jurídica de estos sujetos de estudio. Los influencers son personas físicas, jurídicas, o cosas que, actuando bajo su nombre, un pseudónimo o una denominación⁸, de forma habitual y pública en una red social, ostentando un grupo de seguidores directos e indirectos influidos por el algoritmo de la red social⁹; realizan recomendaciones o promociones sobre

⁶ Morgan, Glucksman. The Rise of Social Media Influencer Marketing on Lifestyle Branding: A Case Study of Lucie Fink. *Elon Journal of Undergraduate Research in Communications*, Vol. 8, No. 2 • Fall 2017 p 77

⁷ Keller, Ed. Berry, Jon. The Influentials: One American in Ten Tells the Other Nine How to Vote, Where to Eat, and What to Buy. *The Journal of Product and Brand Management*; 2004; 13, 4/5; ABI/INFORM p 371

⁸ N.A en este mismo sentido Advertising Standards Authority (ASA) del Reino Unido. Para más información véase el siguiente: <https://www.asa.org.uk/advice-online/recognising-ads-social-media.html>

⁹ Cruz Matteri, J. I. (2021). Influencers y relación de consumo: Su responsabilidad en el Derecho del Consumidor. SAIJ ID SAIJ: DACF210224

el consumo, o no, de bienes, servicios, tendencias, moda y estilo de vida entre otros. Las actividades promocionales de los influencers se realizan en el contexto de actos onerosos de publicidad, aunque no siempre se informa explícitamente al consumidor sobre la naturaleza comercial de dichas promociones.

3. ¿POR QUÉ EXISTEN LOS INFLUENCERS?

La existencia de los influencers responde en parte a la necesidad de llegar a mercados donde la publicidad tradicional no tenía impacto: las redes sociales. Además, permite enfocar la atención en un público que valora más la recomendación de una persona “independiente” o con la cual sienten afinidad o una posible amistad. Este tipo de recomendación se basa en la experiencia, la personalidad o cualquier otro atributo personal del influencer, quien aparenta estar ajeno a la marca. Así en el contexto de los negocios, el crecimiento de las redes sociales ha creado nuevos canales para las marcas habilitando a estas a una interacción más directa y orgánica con el consumidor.¹⁰

Ahora bien, los influencers tienen ciertos patrones en común, que los hace acreedores de este título. Las marcas buscan que cumplan, en general, con ser personas carismáticas, con un buen manejo de comunicación en sus redes, ser poseedores de un gran cumulo de seguidores, que generen credibilidad en su público y que hagan trabajo en su estética visual y comunicacional.

El surgimiento y proliferación de los influencers puede explicarse, en parte, por el tiempo limitado que las personas tienen hoy en día para evaluar y expresar su consentimiento en las relaciones de consumo. Los patrones temporales para la formación del consentimiento o la voluntad han cambiado drásticamente. Un ejemplo claro de esto es el impacto predominante de las imágenes sobre las palabras. Las imágenes son procesadas más rápidamente y suelen obviar argumentos extensos, facilitando decisiones rápidas y a menudo impulsivas.

En este contexto, los influencers se han convertido en especialistas en vender productos y servicios mediante imágenes y contenido breve. La

¹⁰ Lelasari Sijabat, Danny I. Rantung, Deske W. Mandag. The Role of Social Media Influencers in Shaping Customer Brand Engagement and Brand Perception. *Jurnal Manajemen Bisnis*, 2023, 9, 280–288. <https://doi.org/10.33096/jmb.v9i2.459>,

capacidad de estos individuos para transmitir mensajes persuasivos de manera concisa y visualmente atractiva responde a las necesidades y hábitos de consumo modernos, donde el tiempo y la atención del consumidor son recursos escasos.

Desde la ciencia del Derecho esta evolución en las prácticas de consumo plantea importantes desafíos y consideraciones. El consentimiento informado, un pilar fundamental en las transacciones comerciales, puede verse comprometido en un entorno donde las decisiones se basan en impresiones rápidas y emocionales más que en una evaluación racional y detallada de la información.

4. MARCO LEGAL

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 971, establece que "los contratos celebrados mediante medios electrónicos son válidos y producen efectos jurídicos, siempre que se cumplan los requisitos generales establecidos por la ley". Este principio subraya la necesidad de que el consentimiento del consumidor sea libre e informado, un estándar que puede verse afectado por la influencia de contenido visual y emocionalmente cargado promovido por influencers.

Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) exige que la información ofrecida al consumidor sea clara, veraz y suficiente. En un contexto donde los influencers juegan un papel crucial en la promoción de productos, es esencial que estos comunicadores cumplan con las obligaciones de transparencia y honestidad en sus publicaciones, evitando prácticas engañosas o confusas que puedan inducir al error al consumidor cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicios (art.1101, CCCN).¹¹

Por tanto, la regulación de la actividad de los influencers es una necesidad creciente para proteger los derechos de los consumidores. Diversos países han comenzado a desarrollar normativas específicas para este fin. En la Unión Europea, por ejemplo, la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales exige que cualquier publicidad, incluida la realizada

¹¹ CAN Com BALBI MARÍA LUCÍA C/ ALMUNDO.COM S.R.L. S/ ORDINARIO SALA B FECHA: 5-NOV-2021 publicado en <http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=3363a8c69081a90feef0066f77ab33fc>

por influencers, sea claramente identificable como tal, promoviendo la transparencia y protegiendo al consumidor de posibles engaños.¹²

Bajo este análisis, podemos inferir que el influencer, al igual que una marca en un producto elaborado, genera en el consumidor expectativas razonables relacionadas con la calidad del producto o servicio que promociona. Esta confianza tiene un enorme valor económico y jurídico, constituyendo un elemento vital a la hora de proyectar soluciones en materia de responsabilidad por daños.

5. LA PUBLICIDAD EN LA RELACIÓN DE CONSUMO

La publicidad se define como una forma de comunicación promovida por una persona física o jurídica, ya sea pública o privada, con el propósito de fomentar la contratación o el suministro de productos o servicios¹³. En el ámbito de los contratos de consumo, la publicidad ha reemplazado a las tratativas previas, conocidas en la teoría clásica de los contratos como *pour parler*¹⁴. En la sociedad de consumo actual, la información contenida en la publicidad cumple una función esencial. A través de anuncios publicitarios, independientemente del medio utilizado, se presenta al público consumidor tanto el bien o servicio como las condiciones ofrecidas.

El objetivo primordial de la publicidad es atraer al usuario o consumidor potencial, logrando penetrar e internalizarse en su mente mediante técnicas de captación, sugestión y convencimiento sobre el bien o servicio mostrado¹⁵. Las precisiones realizadas a través de los mecanismos de información al consumidor y la publicidad comercial son vinculantes para el empresario, debido a la confianza que generan y porque generalmente constituyen el medio que da origen a las relaciones jurídicas entre proveedor y consumidor o usuario.

¹²https://commission.europa.eu/law/law-topic/consumer-protection-law/unfair-commercial-practices-law/unfair-commercial-practices-directive_en

¹³ Lorenzetti, Ricardo L. Consumidores. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003 p 153

¹⁴ Japaze, Maria Belen en Rusconi, Dante (Dir) Manual de Derecho del Consumidor. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2015, p 357

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala F. F., L. D. c. United Airlines Inc. s/ordinario 28-11 2019 Editorial El Derecho - Diario, Tomo 286, Buenos Aires Cita Digital ED-CMXIV-169

La publicidad, regulada en la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, se divide en publicidad tradicional y publicidad no tradicional (PNT). La publicidad tradicional se define como "toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el objetivo de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones". Por otro lado, la publicidad no tradicional (PNT) se describe como "toda forma de comunicación comercial audiovisual que consiste en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar". Ambas formas de publicidad pueden difundirse a través de diversos medios de comunicación, tales como radio, televisión, medios gráficos, cine, entre otros.

Así las cosas, ¿podemos hacer cuadrar a los influencers dentro de dicha normativa? La respuesta es afirmativa. Barocelli, en consonancia con nuestra postura, afirma que es posible incluir en el concepto de publicidad no tradicional a cualquier persona que, utilizando medios virtuales, promocioe o se refiera a un producto, servicio o marca comercial a cambio de una remuneración o contraprestación similar. En este caso, nuestro objeto de estudio, el influencer, encaja perfectamente en esta categoría. Este parafraseo resulta esencial, ya que protege al consumidor de los potenciales riesgos y daños que puede sufrir, tanto en su persona como en su patrimonio, debido a los productos o servicios promovidos por las empresas y quienes los publicitan a cambio de una remuneración, ya sea en dinero o en contraprestación similar¹⁶.

6. PROPUESTA

De no advertir al consumidor o usuario que esta frente a una publicidad nos encontraríamos una eventual publicidad desleal (Art 1101

¹⁶ Barocelli, Sergio Sebastián- Marhaba, Débora "Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores" Editorial LA LEY 13/07/2020, 13/07/2020, 10, Buenos Aires. Cita Online: AR/DOC/1926/2020

CCYC), la publicidad engañosa (Art 1101 CCYC) o la publicidad abusiva (Art 8 bis 24.240, Art 1097 y 1098 CCYC, Art 72 Ley 26.522).

Es por ello que se propone

En similar a lo que fue la Ley N° 27.642 de Promoción de la Alimentación Saludable, también es conocida popularmente como Ley de Etiquetado Frontal, proponemos el etiquetado del contenido publicitario o de marketing, que puede ir desde un bien o servicio otorgado de forma gratuita como así también al trabajo en colaboración con determinada marca. Esto a fin de que el usuario pueda identificar lo que esta consumiendo en las redes. Algunas de las formas de etiquetado podrán ser #Publicidad #Anuncio publicitario #espacio publicitario #publicidad de contenido para...

Se propone identificar, como etiquetado no apto para la información al consumidor las siguientes leyendas: #Gracias a...por el apoyo en este contenido #Sponsor por #En asociación con #En colaboración con o solamente mencionar el nombre de la marca o proveedor.

7. COLOFÓN

Como pensamiento final quiero dejar, al lector, la reflexión sobre esta frase y su ejemplo ilustrador del poder de la imagen y la comunicación *“Traté de expresar la atmósfera que estaba allí a través de imágenes y no de un comentario hablado. Y para que esto fuera comprensible sin texto, el lenguaje visual tenía que ser muy bueno, muy claro. Las imágenes debían decir más de lo que se hablaba”*¹⁷

¹⁷ Riefenstahl, Leni “Ich bedaure zu 100 Prozent, Hitler kennengelernt zu haben“. Spiegel Online (en alemán). Hamburgo: Spiegel-Verlag, 9 de septiembre de 2003.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INFLUENCERS FRENTE A LOS CONSUMIDORES EN LOS ENTORNOS DIGITALES

Por José Miguel Cruz¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata.

1. Las conductas desplegadas por los “influencers” en las plataformas digitales destinadas a la promoción de bienes y/o servicios, ya sea de forma directa o indirecta, y de las cuales se deriven daños a los consumidores, deben ser consideradas como un supuesto de responsabilidad subjetiva.

2. La conducta publicitaria de los influencers en los entornos digitales debe ser ponderada a la luz de los supuestos descriptos en el art. 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación.

3. La responsabilidad del sujeto de derecho que administra una plataforma digital a través de la cual los “Influencers” llevan adelante conductas destinadas a la publicidad de bienes y/o servicios, ya sea de forma directa o indirecta, es objetiva e ingresa dentro del ámbito de aplicación del art. 40 de la ley 24.240.

De lege ferenda

4. La actividad de los “influencers” en el contexto de la cadena de comercialización de bienes y servicios deber ser objeto de tratamiento legislativo específico dentro del ordenamiento jurídico, en general, y, dentro del régimen de derecho del consumidor argentino, en particular.

5. Los proyectos de regulación presentados en el Congreso de la Nación en relación a la actividad de los “influencers”, representan un significativo avance para el derecho del consumidor; pero, de acuerdo a las exigencias actuales, es necesario que los proyectos que se presenten incluyan otros supuestos más allá de la publicidad.

¹ Abogado. Profesor Adjunto de la cátedra “Derecho de los usuarios y consumidores” en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Departamento Académico San Salvador de Jujuy (UCSE-DASS), Provincia de Jujuy.

II. FUNDAMENTOS

La presente ponencia ha visto la luz con el firme propósito de resaltar una de las necesidades de los consumidores en los entornos digitales de los últimos años. Esto es, la inclusión de reglas claras en relación a la conducta de los llamados “influencers” en el marco de la relación de consumo en el derecho argentino.

A la luz de la legislación y jurisprudencia imperante en el orden nacional, es que se propone a la comisión de derecho de consumo, una serie de conclusiones de lege lata y lege ferenda a fin de aportar en la búsqueda de tan ansiada claridad en el tema que convoca a la comisión.

Cierto es que el régimen jurídico hoy vigente sí brinda herramientas jurídicas para la efectiva tutela de los consumidores frente a la conducta desplegada por los “influencers” a través de plataformas digitales en el ámbito de la relación de consumo. Sin embargo, la necesidad de una regulación específica se impone como manifiestamente auspiciosa para evitar interpretaciones ambiguas sobre el tema, a la par de las situaciones jurídicas cada vez más novedosas que se suscitan en los tiempos que corren.

Como dijera alguna vez Aldous Huxley, “La experiencia no es lo que te sucede, sino lo que haces con lo que te sucede”. Y justamente, no son pocos los desafíos que se suscitaron como consecuencia de la revolución de los entornos digitales en los últimos tiempos; entre ellos, el auge de la actividad de los “influencers” frente a los consumidores, es un tema que ocupará más de una discusión en la búsqueda de la solución más adecuada a la siempre anhelada Justicia.

**RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS Y OTROS
PARTICIPANTES (“INFLUENCERS”) EN ENTORNOS DIGITALES**

Por María Florencia Culasso¹

I. CONCLUSIONES

De lege data:

1. La responsabilidad del organizador de la plataforma; del oferente; y, de quienes integran el negocio participando o intercambiando bienes y servicios en alguno de sus tramos es de naturaleza objetiva.

2. Los integrantes de la cadena de participación en la plataforma digital están obligados a adoptar medidas tendientes a neutralizar los riesgos derivados de su naturaleza y uso, a fin de garantizar la transparencia, seguridad, y la protección de los intereses económicos y la confianza de la persona consumidora.

¹ Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

RESPONSABILIDAD DE LOS INFLUENCERS, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS INFLUENCERS DENOMINADOS VIRTUALES

Por Virginia Dagotto¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata:

1. En la actualidad, ha aumentado considerablemente la actividad en redes sociales de personas denominadas influencers o influenciadores. Como evolución de estos influencers digitales, emergen los llamados influencers virtuales, que son imágenes generadas por Inteligencia Artificial, a quienes sus creadores dotan de una personalidad completa y de miles de datos e información para que, con el aprendizaje automático puedan adaptarse de la forma más autónoma posible a nuevos escenarios a los que se tengan que enfrentar.

2. No existe en nuestro régimen vigente una regulación específica que trate la actividad y posible responsabilidad de los influencers y menos aún de los influencers virtuales.

3. La existencia de influencers o influenciadores que en redes sociales promocionan, venden y hasta en algunas ocasiones entregan productos, puede ser causal de responsabilidad.

4. La responsabilidad puede derivarse de publicidad engañosa o ilícita, por venta u oferta de productos y/o servicios que pueden ser riesgosos.

5. Asimismo, la generación de información por los influencers virtuales a través de datos recolectados por la propia inteligencia artificial, como sus manifestaciones y publicaciones pueden ser erróneas y/o inducir a error y/o engaño respecto de bienes y servicios.

¹ Abogada en el ejercicio de la profesión independiente, Mediadora, Profesora JTP de Derecho del Consumidor (Cátedra A) de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Coordinadora de la Diplomatura de Estudios Avanzados en Entrenamiento Teórico y Práctico en Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la U.N.L. y U.N.R., Vocal del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario, Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, con el aval del Dr. Carlos A. Hernández, Profesor Titular Ordinario de Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

6. En consecuencia, cobra relevancia la función preventiva de daños y con ella el deber de información, seguridad y advertencia de los proveedores.

7. A través de las normas vigentes, con fundamento el art. 42 de la Constitución Nacional (CN), en diálogo con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, las normas del derecho común (Código Civil y Comercial) y las del sistema protectorio del consumidor (ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), entre otras, puede construirse una respuesta a los posibles problemas de responsabilidad que se susciten entre los influencers digitales y virtuales y los consumidores.

De lege ferenda:

8. Se propicia la regulación de la posible responsabilidad de los influencers la que deberá expresamente considerar la existencia de influencers virtuales.

9. La regulación deberá darle preponderancia al deber de información, seguridad y advertencia respecto de las publicaciones en redes sociales.

10. En miras a la prevención de daños asimismo se recomienda generar políticas públicas de educación al consumo en donde se instruya a la sociedad en general sobre la existencia de influencers, sean ellos humanos y/o digitales.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DE VENTAS DIGITALES

Por Ricardo Sebastián Danuzzo¹ y María Susana Zamudio²

I. CONCLUSIONES

1. Cuando se configuran los requisitos necesarios para encuadrar a la relación jurídica como relación de consumo, es decir en la gran mayoría de los casos y exceptuando sólo aquellos en los cuales el comprador de bien o servicio no actúe como destinatario final, el factor de atribución ineludiblemente es el previsto en el art. 40 LDC, conforme al cual el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán quienes conformen aquello que la doctrina y jurisprudencia han denominado *cadena de producción y distribución de bienes*. La ley enumera al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, aclarando que el transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. Sostenemos que la plataforma de venta digital se encuentra incluida en dicha cadena de producción y distribución de bienes, porque enlaza al usuario vendedor con el usuario comprador, ejerciendo una intermediación electrónica a través de un sistema tecnológico algorítmico.

2. Consideramos que el factor de atribución aplicable a las plataformas de venta digital es objetivo y la responsabilidad solidaria por imperio del art. 40 de la LDC

3. Pareciera estigmatizante o económicamente demoleedor pensar que la plataforma de venta digital debe responder solidaria y objetivamente, pero dicho pensamiento no rige para todos los proveedores ajenos al mercado electrónico, a los cuales se les aplica el mismo régimen de responsabilidad.

4. *Lege lata*

¹ Prof. Titular Derecho de los Contratos. Prof. Titular Derecho de Daños: Facultad de Derecho UNNE

² JTP Derecho Privado-Parte General. JTP Derecho de Daños: Facultad de Derecho UNNE

- a. Si se configuran los requisitos necesarios para encuadrar a la relación jurídica como relación de consumo, es decir en la gran mayoría de los casos y exceptuando sólo aquellos en los cuales el comprador del bien o servicio no actúe como destinatario final el factor de atribución es el previsto en el art. 40 de la LDC.
 - b. Las plataformas de venta digital son proveedores conforme a la normativa consumeril. Art. 2 LDC.
5. *Lege ferenda*: Es de plena aplicación a las plataformas de venta digital la LDC y el factor de atribución aplicable es objetivo por imperio del art. 40 de la ley 24. 240 LDC.

II. FUNDAMENTOS

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DE VENTA DIGITAL

Conforme el art. 1105 del CCCN, los contratos celebrados a distancia incluyen a los celebrados en el ámbito del comercio electrónico.

Siguiendo a Ghersi y Weingarten³ pueden ser definidos como aquellos contratos de consumo que son celebrados - naturalmente entre un proveedor y un consumidor- mediando la exclusiva utilización de medios de comunicación electrónicos y a distancia, de manera que la celebración del contrato pueda tener lugar sin el encuentro físico simultáneo de las partes contratantes, con independencia de su objeto y del dispositivo empleado.

Se trata como sostiene Ciliberto⁴ de lo que algunos autores han denominado contratos electrónicos por internet, con la particularidad de que en el CCCN, han sido incluidos específicamente dentro de los contratos de consumo, lo que nos da la pauta de que las disposiciones allí obrantes serán de aplicación exclusivamente para los contratos de consumo y no para las restantes estructuras contractuales reguladas.

³ Ghersi C. y Weingarten C. (2010) Tratado de Contratos Civiles, Comerciales, laborales, administrativos y de consumo. Buenos Aires. La Ley. Rubinzal Culzoni.

⁴ Ciliberto L. El dilema de la responsabilidad de las plataformas de ventas digitales. en La disrupción digital en el ser humano. (2023) Weingarten C.. Directora. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

Molina Quiroga y Altmark⁵ sostienen que han sido regulados en el CCCN los contratos que denominan telemáticos de consumo, que son los que se perfeccionan normalmente por intermedio de la comunicación telemática por internet.

Cabe distinguir los contratos electrónicos de los contratos informáticos. Estos últimos son aquellos en los que el objeto de las contrataciones necesariamente es un bien o servicio informático, mientras que en los contratos electrónicos el objeto puede ser cualquier bien o servicio.

Teniendo en cuenta que, la relación existente entre los usuarios compradores y las plataformas de venta digital, no se limita a una mera intermediación será una relación de consumo siempre que el usuario adquiera el bien o servicio como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, en los términos del art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y art. 1092 del CCCN.

La plataforma de venta digital presta un servicio de intermediación activa, ofreciendo su sitio para publicar los anuncios de venta, a la vez impide que los usuarios puedan contactarse por vías externas a la plataforma- con excepción de la sección avisos clasificados- todo ello mediante un algoritmo que elimina toda posibilidad de transmisión entre los usuarios de algún dato que pueda derivar en un contacto con ellos, instaura un sistema de calificaciones que permite al eventual comprador distinguir a los buenos vendedores de los malos vendedores, sistemas de disputas ante conflictos entre usuarios, algunas de ellas incluyen un sistema de pago propio de la plataforma e incluso están a cargo del envío de los productos.

Se afirma que la aplicación se limita a poner en contacto a las partes⁶, brindándoles sus respectivos datos, para que concluyan el negocio. El contrato lo harían los interesados directos por sí mismos, sin intervención alguna de la plataforma, excepto el servicio de mediación; por ello, la intermediaria tampoco respondería por las vicisitudes que que atravesase la relación principal o subyacente como incumplimiento total, retardo, cumplimiento defectuoso, etc., esta conclusión transgrede expresas

⁵ Molina Quiroga, E.Altmark D.(2012) Tratado de Derecho Informático.Buenos Aires. La Ley.

⁶ Danuzzo.R.(2023) El hecho del dependiente en las economías colaborativas en Daños en los entornos digitales Tomo II Director Galdós, J.Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

disposiciones de la normativa nacional, como el art 40 de la LDC 24.240 que expresamente 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 la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño ha sido ajena.”

En cuanto al vínculo contractual que liga a la plataforma con los usuarios, se ha sostenido que se trata de un contrato de corretaje o mediación.

El art. 1345 del CCCN, regula la figura del corredor, sobre cuya base podría interpretarse que la plataforma actúa como intermediaria entre la oferta y la demanda, dado que el corredor no contrata sino que es un simple intermediario que facilita el acercamiento entre las partes, no estando vinculado a ellas por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. Debe hacer lo necesario para que llegue a buen término la gestión encomendada, pudiendo actuar como mandatario recién en la etapa de ejecución del contrato, cuando su labor profesional como corredor está concluida (art. 1349 inc. b CCCN).

Dado que no se obliga a garantizar que las partes contraten, su obligación es de medios, no de resultado, comprometiendo solo su pericia y diligencia en la gestión, escapando al ámbito negocial del corredor prometer al proponente la celebración del contrato.

Pero en ciertos supuestos, y en especial cuando la administradora de la plataforma fija las condiciones contractuales, determina y cobra el precio y, en general, organiza el servicio como un empresario tradicional, solo que valiéndose de nuevas tecnologías que le permiten una más eficiente y rentable provisión de servicios, resulta al menos dudoso encuadrar los contratos conexos que aquella celebre con el proveedor y con el usuario en la figura del corretaje, concluyendo que, en la mayoría de los casos estaremos ante una relación de consumo en los términos del art. 1093 del CCCN.

Coincidiendo con Stiglitz y Sahián⁷ señalamos que en la legislación argentina se evidencia desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, un fortalecimiento del principio protectorio, a través de los artículos 7, 11, 1094 y concordantes del Código, a saber:

- Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor.
- En caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor (art. 1094).
- Las nuevas leyes supletorias son aplicables a las relaciones de consumo en curso de ejecución, cuando sea más favorable al consumidor (art. 7).
- Principio de acceso al consumo sustentable.
- Cuando se abuse de una posición dominante en el mercado (art. 11), el Código impone la reacción judicial, preventiva y sancionatoria.

La responsabilidad civil de las plataformas de venta digital, no ha sido tratada por el legislador de manera específica en el CCCN y la doctrina no es conteste ni tampoco la jurisprudencia respecto del factor de atribución aplicable como elemento o presupuesto necesario de la responsabilidad civil.

En nuestro país, respecto de ello, los antecedentes jurisprudenciales presentan una disonancia marcada por dos corrientes opuestas: la que sostiene la aplicación del factor de atribución de responsabilidad civil de tipo subjetivo y la sostiene la aplicación del factor de atribución de responsabilidad de tipo objetivo.

La generación de confianza en los usuarios es fundamental al momento de determinar el rol de la plataforma de venta digital y la atribución de responsabilidad. Éste fue el principal fundamento jurídico del fallo “Claps”⁸, primer precedente donde se condenó a una plataforma de venta digital con base en el factor de atribución de tipo objetivo.

⁷ Stiglitz G.Sahian J. (2020)“El nuevo derecho del consumidor” Buenos Aires. Thomson Reuters. La Ley.

⁸ CNCiv., sala K 5-10-2012, “Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SA s/ Daños y perjuicios” RC J 9753/12.

La confianza es un factor de atribución objetivo de responsabilidad en sí mismo y preponderante en las relaciones de consumo, adquiriendo una relevancia aún mayor en el comercio electrónico, sostiene Weingarten⁹ “Entre el pasado, la confianza y el futuro hay una relación de previsibilidad en el comportamiento humano...y cuanto mayor sea la confianza, mayor será el grado de certidumbre o seguridad jurídica acerca de un comportamiento o hecho futuro de otro.”

Sin embargo en el fallo “Kosten”¹⁰ se juzgó con base en el factor de atribución subjetivo.

Señala Molina Quiroga¹¹ que la primera cuestión con relación a la protección contractual del consumidor en el comercio electrónico, reside en establecer el ámbito de aplicación de las normas protectorias. En tal sentido, la ley de defensa del consumidor, así como las disposiciones pertinentes del CCyC son las Ciliberto²⁰ señala que cabe preguntarnos qué ocurre en aquellos casos en los cuales no resulta de aplicación la LDC, por no configurarse los requisitos legales para ello y sostiene que es de aplicación el art. 1758 del CCCN que en su parte final dispone: “En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”

Siguiendo estos parámetros, sostiene que puede encuadrarse a la actividad desarrollada por las plataformas de venta digital en las actividades riesgosas, siendo el factor de atribución de responsabilidad aplicable objetivo también y la obligación de responder, en éste caso concurrente, a diferencia del carácter solidario impuesto por la LDC.

apropiadas. Ello no impide, como se ha efectuado en recientes fallos judiciales, recurrir al derecho comparado.

Sosteniendo que se discute en doctrina la responsabilidad de los ISP, ya que, para un sector, se configura un sistema comercial experto, cuya apariencia genera confianza en el consumidor, y por lo tanto es equiparable a la cadena de elaboración y distribución que debe soportar las

⁹ Weingarten, C. (2020) El principio de confianza en el Código Civil y Comercial.Santa Fe Rubinzal Culzoni.

¹⁰ CNCom, sala D,22-3-2018 “Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL S/ Ordinario RC J 1717/18

¹¹ Molina Quiroga E.31/07/2024 Boletín diario, doctrina destacada Comercio electrónico con fines turísticos. cita 447/2024.

consecuencias del accionar de uno de sus eslabones. Otras opiniones difieren y entienden que las plataformas, salvo prueba en contrario, sólo han servido como intermediarias entre las partes (proveedor y consumidor).

Esta última es la posición que predomina en el derecho comparado (Normas de la Unión Europea, EE. UU., Brasil, Chile, entre otros).

En nuestro país, para un sector, las plataformas siempre responden y el fallo emblemático de esta corriente podría ser el caso "Claps"¹², en el que la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar a la demanda de dos jóvenes que compraron -utilizando los servicios de Mercado Libre- entradas para un recital de Gustavo Cerati, y que luego no pudieron ingresar al concierto porque las entradas supuestamente vendidas por Ticketek habían sido sustraídas por una dependiente infiel de esta empresa.

Aunque la demanda fue rechazada en primera instancia, la Cámara al revocar parcialmente la sentencia, sostuvo que Mercado Libre no estaba excluida de la categoría de proveedor y que estaba obligada frente a los actores hasta el momento mismo en que se hiciera efectiva la prestación que le es debida.

Se argumentó que Mercado Libre percibe un cargo por publicación y un cargo por venta, lo que demuestra que dicha empresa lucra, no solamente con el espacio que proporciona a los usuarios, sino con las operaciones que ellos realizan allí.

Por estas circunstancias el tribunal entendió que Mercado Libre interviene -y por ende es responsable- desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes.

En sentido contrario, otros tribunales han entendido como en el caso *Kosten*¹³ que "Puede hablarse de una exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas o subastas on line cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha sido un "mero canal"

¹² CNCiv., sala K 5-10-2012, "Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SA s/ Daños y perjuicios" RC J 9753/12

¹³ CNCCom, sala D, 22-3-2018 "Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL S/ Ordinario RC J 1717/18

limitándose a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor”¹⁴

En resumen, para una corriente doctrinaria y jurisprudencial, las plataformas de comercio electrónico responden objetivamente, mientras que, para otros tribunales y opiniones doctrinarias, sólo serían responsables cuando han tenido un rol activo en la operación.

Más recientemente, en el caso *Fernandez Dotzel*¹⁵ en el cual, un usuario vio frustrada la compra de un automóvil cero kilómetro a través de una plataforma de venta digital. El usuario acudió a los servicios de la página web de la demandada, a quien remitió sus datos para que ésta se encargase de enviárselos al concesionario vendedor, quien luego se contactó con el potencial consumidor. La compraventa resultó frustrada y el consumidor, damnificado.

La plataforma de venta digital argumentó que solamente había obrado de intermediario de carácter pasivo, posibilitando la publicación del aviso del rodado, no asumiendo un rol activo que permitiera encuadrarlo en el concepto de proveedor del art. 2 de la ley de Defensa del Consumidor, porque “el servicio que presta se asemeja al que proveen las secciones de avisos clasificados de cualquier periódico...”

Los magistrados analizaron en primer lugar si la plataforma de venta digital es o no un proveedor conforme a la normativa consumeril. La respuesta es positiva, con fundamento en que la plataforma de venta digital sirvió de nexo entre los usuarios vendedor y comprador, además de no haber conocido la prestación del servicio de publicación de avisos. De ésta manera llegan a la conclusión de que “la empresa demandada queda comprendida en el concepto de proveedor establecido en el art. 2 de la ley 24.240, que incluye dentro de tal categoría a los distribuidores de bienes y servicios. En tal sentido, el distribuidor es quien posibilita la intermediación entre productos y consumidores y usuarios potenciales, colocando un eslabón en la cadena de comercialización.”

Señalaron también que según los términos y condiciones de la plataforma de venta digital, ésta lucraba como intermediaria de la

¹⁴ CNCom, sala D, 22-3-2018 “Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL S/ Ordinario RC J 1717/18.

¹⁵ CCCLMin. de Neuquén, sala II, 16-3-2022, “Fernández Dotzel, Marcelo Daniel c/Central Autos y otros s/ Sumarisimo, Ley 2268”, RC J 1755/22.

comercialización de bienes. Tras analizar la prueba pericial contable y pericial informática se pone el foco en que la acción indemnizatoria intentada por la actora se dirige contra una empresa titular de una plataforma que publica avisos clasificados on line, que se sitúa en el marco del comercio electrónico, estableciendo una diferenciación entre las redes cerradas y las redes abiertas, según resulte necesario el sometimiento a un acuerdo previo en la plataforma de venta digital para acceder a ella con fines negociales, o no, respectivamente.

En otras palabras, si la red es cerrada, es necesario previamente registrarse en la plataforma de venta digital y aceptar términos y condiciones impuestos por ésta, mientras que en la red abierta se permite la accesibilidad para cualquier usuario. Se aclara luego que “ De acuerdo con la caracterización reseñada, la demandada apelante se ubica entre los intermediarios o prestadores de servicios por sistemas abiertos. Ello así porque los consumidores acceden a los anuncios publicados en la página web propiedad de la demandada, y para contactarse con los oferentes debían enviar sus datos al intermediario, quien obligadamente los debía almacenar temporalmente, y era éste- el intermediario- quien contactaba al proveedor para que se comunicara con el posible contratante.

Respecto de la responsabilidad del intermediario o prestador de servicios, los jueces con cita de Molina Quiroga expresan: “Jurídicamente hablando, la palabra intermediario no resulta la más apropiada para designar esta pléyade de empresarios o propietarios de redes interconectadas, así como de prestadores de servicios relacionados con el comercio electrónico. Es la industria la que ha acabado por imponer dicha denominación genérica para designar a todos cuantos intervienen en el comercio electrónico a título distinto al de los contratantes- iniciadores y destinatarios de los mensajes contractuales-. Desde ésa perspectiva, en efecto, las actividades desempeñadas por unos y por otros son muy distintas entre sí, el régimen de responsabilidad que los afecta no es homogéneo, las obligaciones que adquieren son desparejas y lo que es más relevante, ninguno lleva a cabo funciones de intermediación entre los contratantes en el sentido técnico -jurídico del término...”

Agregó que la insistencia en ser considerados intermediarios obedece a una intuitiva pero incorrecta asimilación entre la intermediación y la inexistencia de responsabilidad civil.

Señalan que si bien la actividad que desarrolla la plataforma de venta digital en cuestión, consiste en la publicación de avisos, es gratuita para el

consumidor, no lo es para el usuario, quien debe abonar por la publicación de aquella, por lo cual constituye una actividad lucrativa que coloca a la plataforma de venta digital en el conjunto receptado en la cadena de comercialización del art. 40 de LDC.

Podemos concluir que, cuando se configuran los requisitos necesarios para encuadrar a la relación jurídica como relación de consumo, es decir en la gran mayoría de los casos y exceptuando sólo aquellos en los cuales el comprador del bien o servicio no actúe como destinatario final, el factor de atribución ineludiblemente el previsto en el art. 40 LDC, conforme al cual el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán quienes conformen aquello que la doctrina y jurisprudencia han denominado *cadena de producción y distribución de bienes*. La ley enumera al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, aclarando que el transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. Sostenemos que la plataforma de venta digital se encuentra incluida en dicha cadena de producción y distribución de bienes, porque enlaza al usuario vendedor con el usuario comprador, ejerciendo una intermediación electrónica a través de un sistema tecnológico algorítmico.

Consideramos que el factor de atribución aplicable a las plataformas de venta digital es objetivo y la responsabilidad solidaria por imperio del art. 40 de la LDC.

En la causa Blotta¹⁶ la Cámara Nacional de Apelaciones sala E, hizo lugar parcialmente a la demanda de la actora, condenando a Booking Argentina a reintegrar la suma de pesos cuarenta y nueve mil seiscientos cuarenta y cuatro con veintisiete centavos (49.644.27), más intereses, ante la frustración del servicio hotelero que había contratado, como consecuencia de las restricciones impuestas por la cuarentena ocasionada por el covid-19, por aplicación de lo normado en el art. 40 de la LDC y lo establecido en la ley de servicios turísticos (ley 18.829 y su decreto reglamentario 2182/72).

La demandada, “Booking Argentina”, no intervino materialmente o en forma directa en la contratación del hospedaje, no se vinculó con la actora (o la demandante con ella) ni con el “Hotel Sea Towers” y, que no tuvo

¹⁶ CNCom, sala E Buenos Aires Julio 2024, “Blotta, Estefanía Alicia c/ Booking. com Argentina SRL s/ Ordinario” (Expte N° 9047/2022).

injerencia ni participación en la administración de la plataforma a través de la cual se formalizó la intermediación; sin embargo, se ha concluido que “Booking Argentina” se halla comprendida en la cadena de comercialización de la operatoria creada por la sociedad internacional.

Reconoció también la pretensión de cobro de un resarcimiento en concepto de daño moral y confirma la desestimación del daño punitivo- el hotel que había contratado la actora en Costa Rica para hospedaje, ya no se hallaba relacionado con la plataforma demandada-.

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS PLATAFORMAS FRENTE A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Por Ricardo Sebastián Danuzzo¹ y

María Susana Zamudio²

I. CONCLUSIONES

1. Si se configuran los requisitos necesarios para encuadrar a la relación jurídica como relación de consumo, es decir en la gran mayoría de los casos y exceptuando sólo aquellos en los cuales el comprador del bien o servicio no actúe como destinatario final el factor de atribución es el previsto en el art. 40 de la LDC.

2. Las plataformas de venta digital son proveedores conforme a la normativa consumeril (art. 2, LDC).

II. FUNDAMENTOS

Abordamos en el presente trabajo, uno de los aspectos que se da en el ámbito del consumo, a través de las plataformas digitales como es la comercialización de bienes y servicios.

El acelerado avance de las tecnologías que irrumpieron en el siglo XXI, como lo expresa Weingarten³, transformó profundamente la forma en que vivimos, nos relacionamos y trabajamos.

El confinamiento y las restricciones que impuso la pandemia covid-19 aceleraron el pasaje a la virtualidad cambiando nuestro hábitos y costumbres, las personas frente a la imposibilidad de acceder a los comercios debido a la prohibición de circular, canalizaron sus consumos a través de

¹ Prof. Titular Derecho de los Contratos. Prof. Titular Derecho de Daños: Facultad de Derecho UNNE.

² JTP Derecho Privado-Parte General. JTP Derecho de Daños: Facultad de Derecho UNNE.

³ WEINGARTEN C., La disrupción digital y sus impactos en el ser humano: una mirada jurídica, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023.

plataformas *on line*, como también para realizar todo tipo de trámites, desde gestionar créditos y atención médica a través de la telemedicina.

Esto dio lugar a numerosos casos en que el consumidor *on line* se vio afectado por diferentes incumplimientos, demoras en entregas, diferencias entre el producto publicidad y el entregado, cobro de recargos no informados al tiempo de contratar, etc.

Se discute en doctrina acerca del alcance de la responsabilidad que pesa sobre el titular de la plataforma ante los posibles incumplimientos y daños que pueda generar.

Son de plena aplicación el art. 42 de la CN y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modifs., en cuanto a la seguridad del sistema; ya que se debe asegurar su adecuada operatividad y funcionamiento eficiente, como por ejemplo cuando por falta de información o fallas informativas o del sistema electrónico se realiza el pago por otro canal pero que luego son desconocidas; así mismo, cuando por falta de medidas de prevención (art. 1710 CCCN) se cometen fraudes o ilícitos informáticos.

Las plataformas, operan en base a su credibilidad, lo que es determinante para su funcionamiento, generando legítimas y objetivas expectativas, que deben ser protegidas conforme al principio de confianza, expresamente contenido en el art. 1067 del CCCN, cuyo incumplimiento da lugar a la reparación.

El citado art. 1067 prescribe: “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

Es por ello también, de plena aplicación en éste ámbito, la función preventiva de la responsabilidad civil arts. 1710 y siguientes del CCCN, Lovece⁴ sostiene al respecto, que la misma desde una perspectiva pragmática y fundamentalmente económica se relaciona con el principio de eficiencia tanto individual como social, ya que la concreción del daño no solo afecta al

⁴ LOVECE, G., “Principios protectorios en los entornos digitales. Consumidores vulnerados o hiper vulnerados en La disrupción digital en el ser humano”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023.

dañado, sino que también ocasiona costos sociales directos e indirectos entre ellos, por ejemplo, la pérdida de credibilidad y afectación de la marca.

El principio general de prevención que encuentra su fundamento en el deber general de no dañar a otro, conforme al art. 19 CN y en el plano infra constitucional en el art. 1710 del CCCN: deber de prevención del daño, a su vez, es el garante de otro principio general: el de la seguridad (arts. 5 y 6, LDC), puesto que aun cuando exista reparación de daños eficiente, nunca se puede colocar al dañado en la misma situación en que se encontraba antes del evento dañoso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho⁵ que nadie puede por sí o por intermedio de otro ejercer sus derechos en forma tal que lesione el derecho de un tercero y que cabe reconocer al axioma *alterum non laedere* el carácter de principio general del derecho⁶.

Los avances y las transformaciones tecnológicas han acrecentado los riesgos y daños, de allí la necesidad de un modelo preventivo a efectos de hacer efectivos los derechos reconocidos en los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales sobre derechos humanos.

El análisis de la relación de consumo digital también debe ser hecha con base al principio rector de la buena fe, que implica, determinar cómo fueron valorados y coordinados los intereses en juego, su incidencia en la provocación de conflictos, para determinar en qué medida han sufrido modificaciones al sobrevenir cambios en el ambiente social, económico, tecnológico nuevas orientaciones en el aspecto jurídico. La interpretación de la relación jurídica con base en las reglas de la buena fe implica reforzar la confianza, la seguridad y honorabilidad.

En palabras de Mosset Iturraspe⁷, la buena fe como principio jurídico, es “un poderoso reflector que ilumina todo el ordenamiento jurídico”.

⁵ Fallos: 182:5.

⁶ Fallos: 328: 651.

⁷ MOSSET ITURRASPE, J. *Derecho Civil Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

El CCCN, incluye una regulación específica relativa a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas- arts. 984 y siguientes- y a las cláusulas abusivas en el Título Contratos de consumo aplicable, como lo señalamos, a los contratos celebrados en el marco del comercio electrónico; en materia de contratación electrónica a través de plataformas de venta digital se intensifica, aún más, la debilidad del usuario; se encuentra en una posición más débil que si contrata con el proveedor de manera personal, debido a que no existe contacto directo con el vendedor ni con la plataforma de venta digital y mucho menos con el producto, el cual es identificado por el consumidor gracias a la información brindada por el vendedor con fotos, videos, descripciones y dista del grado de percepción con el que cuenta quien contrata personalmente. Ello, como lo señala Gherzi⁸ genera una mayor desventaja en la venta digital con respecto al proveedor y una situación asimétrica más desbalanceada que aquella que tiene lugar en las contrataciones efectuadas en forma personal.

No caben dudas, de que se trata de contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas, siguiendo la conceptualización del CCCN, en los cuales el usuario ingresa a los contenidos publicados por los vendedores a través de la plataforma digital, en la que observa la descripción del producto, fotos, videos, condiciones de entrega, ubicación del vendedor y precio, entre otros datos, teniendo que hacer clic en el botón “comprar” para perfeccionar el contrato, sin posibilidad alguna de discutir las cláusulas de contratación. La parte vendedora es quien, mediante la técnica de predisposición, formula la totalidad de las cláusulas contractuales, ante las cuales el usuario solamente tiene dos opciones: asentir de acuerdo a las cláusulas estipuladas por el vendedor o no prestar su asentimiento, y por ende, no contratar.

Al ser más aguda la situación de debilidad del consumidor en la contratación electrónica, resulta un caldo de cultivo mayor para la inclusión de cláusulas abusivas.

Conforme al art. 1105 del CCCN, los contratos celebrados a distancia incluyen a los celebrados en el ámbito del comercio electrónico.

⁸ GHERSI, C., *Manual de Derechos de usuarios y consumidores*, Buenos Aires. La Ley, Buenos Aires, 2015.

Siguiendo a Ghersi y Weingarten⁹ pueden ser definidos como aquellos contratos de consumo que son celebrados - naturalmente entre un proveedor y un consumidor- mediando la exclusiva utilización de medios de comunicación electrónicos y a distancia, de manera que la celebración del contrato pueda tener lugar sin el encuentro físico simultáneo de las partes contratantes, con independencia de su objeto y del dispositivo empleado.

La plataforma de venta digital presta un servicio de intermediación activa, ofreciendo su sitio para publicar los anuncios de venta, a la vez impide que los usuarios puedan contactarse por vías externas a la plataforma- con excepción de la sección avisos clasificados- todo ello mediante un algoritmo que elimina toda posibilidad de transmisión entre los usuarios de algún dato que pueda derivar en un contacto con ellos, instaura un sistema de calificaciones que permite al eventual comprador distinguir a los buenos vendedores de los malos vendedores, sistemas de disputas ante conflictos entre usuarios, algunas de ellas incluyen un sistema de pago propio de la plataforma e incluso están a cargo del envío de los productos.

Se afirma que la aplicación se limita a poner en contacto a las partes¹⁰, brindándoles sus respectivos datos, para que concluyan el negocio. El contrato lo harían los interesados directos por sí mismos, sin intervención alguna de la plataforma, excepto el servicio de mediación; por ello, la intermediaria tampoco respondería por las vicisitudes que atravesase la relación principal o subyacente como incumplimiento total, retardo, cumplimiento defectuoso, etc., esta conclusión transgrede expresas disposiciones de la normativa nacional, como el art 40 de la LDC 24.240 que expresamente 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 la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de

⁹ GHERSI, C. y WEINGARTEN, C., *Tratado de Contratos Civiles, Comerciales, laborales, administrativos y de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

¹⁰ DANUZZO, R., “El hecho del dependiente en las economías colaborativas” en *Daños en los entornos digitales*, tomo II, Director Galdós, J., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023.

repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño ha sido ajena”.

En cuanto al vínculo contractual que liga a la plataforma con los usuarios, se ha sostenido que se trata de un contrato de corretaje o mediación.

El art. 1345 del CCCN, regula la figura del corredor, sobre cuya base podría interpretarse que la plataforma actúa como intermediaria entre la oferta y la demanda, dado que el corredor no contrata sino que es un simple intermediario que facilita el acercamiento entre las partes, no estando vinculado a ellas por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. Debe hacer lo necesario para que llegue a buen término la gestión encomendada, pudiendo actuar como mandatario recién en la etapa de ejecución del contrato, cuando su labor profesional como corredor está concluida (art. 1349 inc. b CCCN).

Dado que no se obliga a garantizar que las partes contraten, su obligación es de medios, no de resultado, comprometiendo solo su pericia y diligencia en la gestión, escapando al ámbito negocial del corredor prometer al proponente la celebración del contrato.

Pero en ciertos supuestos, y en especial cuando la administradora de la plataforma fija las condiciones contractuales, determina y cobra el precio y, en general, organiza el servicio como un empresario tradicional, solo que valiéndose de nuevas tecnologías que le permiten una más eficiente y rentable provisión de servicios, resulta al menos dudoso encuadrar los contratos conexos que aquella celebre con el proveedor y con el usuario en la figura del corretaje, concluyendo que, en la mayoría de los casos estaremos ante una relación de consumo en los términos del art. 1093 del CCCN.

Coincidiendo con Stiglitz y Sahián señalamos que en la legislación argentina se evidencia desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, un fortalecimiento del principio protectorio, a través de los artículos 7, 11, 1094 y concordantes del Código, a saber:

- Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor.
- En caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor (art. 1094).

- Las nuevas leyes supletorias son aplicables a las relaciones de consumo en curso de ejecución, cuando sea más favorable al consumidor (art. 7).

- Principio de acceso al consumo sustentable.

- Cuando se abuse de una posición dominante en el mercado (art. 11), el Código impone la reacción judicial, preventiva y sancionatoria.

Teniendo en cuenta que, la relación existente entre los usuarios compradores y las plataformas de venta digital, no se limita a una mera intermediación será una relación de consumo siempre que el usuario adquiera el bien o servicio como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, en los términos del art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y art. 1092 del CCCN.

La responsabilidad civil de las plataformas de venta digital, no ha sido tratada por el legislador de manera específica en el CCCN y la doctrina no es conteste ni tampoco la jurisprudencia respecto del factor de atribución aplicable como elemento o presupuesto necesario de la responsabilidad civil.

En nuestro país, respecto de ello, los antecedentes jurisprudenciales presentan una disonancia marcada por dos corrientes opuestas: la que sostiene la aplicación del factor de atribución de responsabilidad civil de tipo subjetivo y la sostiene la aplicación del factor de atribución de responsabilidad de tipo objetivo.

La generación de confianza en los usuarios es fundamental al momento de determinar el rol de la plataforma de venta digital y la atribución de responsabilidad. Éste fue el principal fundamento jurídico del “fallo Claps”¹¹, primer precedente donde se condenó a una plataforma de venta digital con base en el factor de atribución de tipo objetivo.

La confianza es un factor de atribución objetivo de responsabilidad en sí mismo y preponderante en las relaciones de consumo, adquiriendo una relevancia aún mayor en el comercio electrónico, sostiene Weingarten¹²:

¹¹ CNCiv., sala K, 5-10-2012, “Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SA s/ Daños y perjuicios” RC J9753/12.

¹² WEINGARTEN, C., El principio de confianza en el Código Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

“Entre el pasado, la confianza y el futuro hay una relación de previsibilidad en el comportamiento humano...y cuanto mayor sea la confianza, mayor será el grado de certidumbre o seguridad jurídica acerca de un comportamiento o hecho futuro de otro”.

Sin embargo en el fallo “Kosten”¹³ se juzgó con base en el factor de atribución subjetivo.

Señala Molina Quiroga¹⁴ que la primera cuestión con relación a la protección contractual del consumidor en el comercio electrónico, reside en establecer el ámbito de aplicación de las normas protectorias. En tal sentido, la ley de defensa del consumidor, así como las disposiciones pertinentes del CCyC son las apropiadas. Ello no impide, como se ha efectuado en recientes fallos judiciales, recurrir al derecho comparado.

En nuestro país, para un sector, las plataformas siempre responden y el fallo emblemático de esta corriente podría ser el caso "Claps"¹⁵, en el que la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar a la demanda de dos jóvenes que compraron -utilizando los servicios de Mercado Libre- entradas para un recital de Gustavo Cerati, y que luego no pudieron ingresar al concierto porque las entradas supuestamente vendidas por Ticketek habían sido sustraídas por una dependiente infiel de esta empresa.

Aunque la demanda fue rechazada en primera instancia, la Cámara al revocar parcialmente la sentencia, sostuvo que Mercado Libre no estaba excluida de la categoría de proveedor y que estaba obligada frente a los actores hasta el momento mismo en que se hiciera efectiva la prestación que le es debida.

Se argumentó que Mercado Libre percibe un cargo por publicación y un cargo por venta, lo que demuestra que dicha empresa lucra, no solamente con el espacio que proporciona a los usuarios, sino con las operaciones que ellos realizan allí.

¹³ CNCom., sala D, 22-3-2018, “Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL S/ Ordinario RC J 1717/18.

¹⁴ MOLINA QUIROGA, E., 31/07/2024 Boletín diario, doctrina destacada Comercio electrónico con fines turísticos. cita 447/2024.

¹⁵ CNCiv.,sala K 5-10-2012, “Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SA s/ Daños y perjuicios” RC J9753/12

Por estas circunstancias el tribunal entendió que Mercado Libre interviene -y por ende es responsable- desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes.

En sentido contrario, otros tribunales han entendido como en el caso *Kosten*¹⁶ que “Puede hablarse de una exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas o subastas on line cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha sido un "mero canal" limitándose a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor”¹⁷.

En resumen, para una corriente doctrinaria y jurisprudencial, las plataformas de comercio electrónico responden objetivamente, mientras que, para otros tribunales y opiniones doctrinarias, sólo serían responsables cuando han tenido un rol activo en la operación.

Más recientemente, en el caso *Fernandez Dotzel*¹⁸ en el cual, un usuario vio frustrada la compra de un automóvil cero kilómetro a través de una plataforma de venta digital. El usuario acudió a los servicios de la página web de la demandada, a quien remitió sus datos para que ésta se encargase de enviárselos al concesionario vendedor, quien luego se contactó con el potencial consumidor. La compraventa resultó frustrada y el consumidor, damnificado.

La plataforma de venta digital argumentó que solamente había obrado de intermediario de carácter pasivo, posibilitando la publicación del aviso del rodado, no asumiendo un rol activo que permitiera encuadrarlo en el concepto de proveedor del art. 2 de la ley de Defensa del Consumidor, porque “el servicio que presta se asemeja al que proveen las secciones de avisos clasificados de cualquier periódico...”.

¹⁶ CNCom., sala D, 22-3-2018 “*Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL S/ Ordinario* RC J 1717/1.

¹⁷ CNCom., sala D, 22-3-2018 “*Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL S/ Ordinario* RC J 1717/18.

¹⁸ CCCLMin. de Neuquén, sala II, 16-3-2022, “*Fernández Dotzel, Marcelo Daniel c/Central Autos y otros s/ Sumarisimo, Ley 2268*”, RC J 1755/2.

Los magistrados analizaron en primer lugar si la plataforma de venta digital es o no un proveedor conforme a la normativa consumeril. La respuesta es positiva, con fundamento en que la plataforma de venta digital sirvió de nexo entre los usuarios vendedor y comprador, además de no haber conocido la prestación del servicio de publicación de avisos. De ésta manera llegan a la conclusión de que “la empresa demandada queda comprendida en el concepto de proveedor establecido en el art. 2 de la ley 24.240, que incluye dentro de tal categoría a los distribuidores de bienes y servicios. En tal sentido, el distribuidor es quien posibilita la intermediación entre productos y consumidores y usuarios potenciales, colocando un eslabón en la cadena de comercialización”.

Señalaron también que según los términos y condiciones de la plataforma de venta digital, ésta lucraba como intermediaria de la comercialización de bienes.

Si la red es cerrada, es necesario previamente registrarse en la plataforma de venta digital y aceptar términos y condiciones impuestos por ésta, mientras que en la red abierta se permite la accesibilidad para cualquier usuario. Se aclara luego: “De acuerdo con la caracterización reseñada, la demandada apelante se ubica entre los intermediarios o prestadores de servicios por sistemas abiertos. Ello así porque los consumidores acceden a los anuncios publicados en la página web propiedad de la demandada, y para contactarse con los oferentes debían enviar sus datos al intermediario, quien obligadamente los debía almacenar temporalmente, y era éste- el intermediario- quien contactaba al proveedor para que se comunicara con el posible contratante”.

Respecto de la responsabilidad del intermediario o prestador de servicios, los jueces señalan que si bien la actividad que desarrolla la plataforma de venta digital en cuestión, consiste en la publicación de avisos, es gratuita para el consumidor, no lo es para el usuario, quien debe abonar por la publicación de aquella, por lo cual constituye una actividad lucrativa que coloca a la plataforma de venta digital en el conjunto receptado en la cadena de comercialización del art. 40 de LDC.

En la causa Blotta la Cámara Nacional de Apelaciones sala E, hizo lugar parcialmente a la demanda de la actora, condenando a Booking Argentina a reintegrar la suma de pesos cuarenta y nueve mil seiscientos cuarenta y cuatro con veintisiete centavos (49.644.27), más intereses, ante

la frustración del servicio hotelero que había contratado, como consecuencia de las restricciones impuestas por la cuarentena ocasionada por el covid-19, por aplicación de lo normado en el art. 40 de la LDC y lo establecido en la ley de servicios turísticos (ley 18.829 y su decreto reglamentario 2182/72).

La demandada, “Booking Argentina”, no intervino materialmente o en forma directa en la contratación del hospedaje, no se vinculó con la actora (o la demandante con ella) ni con el “Hotel Sea Towers” y, que no tuvo injerencia ni participación en la administración de la plataforma a través de la cual se formalizó la intermediación; sin embargo, se ha concluido que “Booking Argentina” se halla comprendida en la cadena de comercialización de la operatoria creada por la sociedad internacional.

Reconoció también la pretensión de cobro de un resarcimiento en concepto de daño moral y confirma la desestimación del daño punitivo- el hotel que había contratado la actora en Costa Rica para hospedaje, ya no se hallaba relacionado con la plataforma demandada-.

Podemos concluir que, cuando se configuran los requisitos necesarios para encuadrar a la relación jurídica como relación de consumo, es decir en la gran bien o servicio no actúe como destinatario final, el factor de atribución ineludiblemente el previsto en el art. 40 LDC, conforme al cual el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán quienes conformen aquello que la doctrina y jurisprudencia han denominado cadena de producción y distribución de bienes. La ley enumera al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, aclarando que el transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. Sostenemos que la plataforma de venta digital se encuentra incluida en dicha cadena de producción y distribución de bienes, porque enlaza al usuario vendedor con el usuario comprador, ejerciendo una intermediación electrónica a través de un sistema tecnológico algorítmico.

Consideramos que el factor de atribución aplicable a las plataformas de venta digital es objetivo y la responsabilidad solidaria por imperio del art. 40 de la LDC.

III. RESUMEN

Frente al nuevo y complejo escenario que transitamos, es necesario dar un debate profundo respecto del marco regulatorio de las plataformas de venta digitales, desde una perspectiva de los derechos de las personas, pero sin que ello obstruya los importantes procesos científicos que estas innovaciones tecnológicas y de la inteligencia artificial reportan para la humanidad. Actualmente es evidente que la gran mayoría de las compras y contrataciones se realizan en el contexto del comercio electrónico, el cual abarca temas muy diversos e implica grandes desafíos para el derecho del consumidor.

Ello dio lugar a numerosos casos en los que el consumidor on line se vio afectado por diferentes incumplimientos, demoras en entregas, diferencias entre el producto de la publicidad y el entregado, cobro de recargos no informados al tiempo de contratar, etc.

Se discute en doctrina acerca del alcance de la responsabilidad civil que pesa sobre el titular de la plataforma ante los posibles incumplimientos y daños que pueda generar.

Son de plena aplicación el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor; el sistema debe asegurar adecuada operatividad y funcionamiento eficiente, dado que la vulnerabilidad del usuario o consumidor en el referido contexto es aún mayor; asimismo deben imperar medidas de prevención, por manda del art. 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, para evitar fraudes ilícitos informáticos.

PLATAFORMAS DE COMERCIALIZACIÓN¹

Por Esther H. Silvia Ferrer², Paula Noelia Bermejo³ y Lucía Martínez Lima⁴⁵

I. CONCLUSIONES

1. Quien adquiere o utiliza los bienes o servicios ofrecidos en las plataformas digitales se encuadra en principio, como consumidor en los términos del art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2. Las plataformas de comercialización pueden operar como intermediarios entre empresas y consumidores para la colocación de bienes y servicios en el mercado (rol activo). En cuyo caso, la relación jurídica entre la plataforma y el consumidor, configura un contrato de consumo que se celebra mediante la adhesión a cláusulas predisuestas

¹ Esta ponencia se inscribe en los desarrollos del [Proyecto de investigación UBACyT](#) “Vulnerabilidad, inteligencia artificial, transhumanismo y riesgo del desarrollo. La sociedad de la incertidumbre y el mercado. Los posibles daños: ética y/o eficiencia.” Dirigido por la Prof. Dra. Esther H. Silvia Ferrer, Co-Dirigido por la Prof. Dra. Lidia M.R. Garrido Cordobera.

² Profesora Adjunta de Contratos Civiles y Comerciales. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la UBA, donde también es. Profesora de grado, posgrado y doctorado. Investigadora con dedicación exclusiva en la misma casa de estudios. Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja”. Directora de Proyectos de investigación UBACyT “Vulnerabilidad, inteligencia artificial, transhumanismo y riesgo del desarrollo. La sociedad de la incertidumbre y el mercado. Los posibles daños: ética y/o eficiencia.” E-mail: esthersilviaferrer@gmail.com

³ Profesora Adjunta Interina de Contratos Civiles y Comerciales y Auxiliar de Segunda de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios de la misma casa de estudios. Integrante de Proyecto UBACyT “Derecho y sociedad: teoría y prácticas para el abordaje de los conflictos transversales a la niñez y la adolescencia.” Coordinadora del Seminario “Vulnerabilidad y Derecho” del Instituto de Investigaciones Gioja. E-mail: paulaberrmejo@derecho.uba.ar.

⁴ Becaria UBACyT de Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios en el proyecto UBACyT “Vulnerabilidad, inteligencia artificial, transhumanismo y riesgo del desarrollo. La sociedad de la incertidumbre y el mercado. Los posibles daños: ética y/o eficiencia”, Programación Científica 2023, Código: 20020220300170BA. Auxiliar de segunda en la materia Contratos Civiles y Comerciales, de la Facultad de Derecho, UBA.

⁵ En la presente ponencia colaboró Salvador Francisco Jose Etchevers.

por el operador, y se aplican las disposiciones protectorias del derecho del consumo.

3. También las plataformas de comercialización pueden ejercer su actuación como alojadores de datos para realizar ofertas (rol pasivo/neutro). En cuyo caso, y sin perjuicio de la relación jurídica de consumo que se opera entre el verdadero oferente del producto o servicio y el consumidor, el rol de la plataforma requiere extremar el deber de información y advertencia sobre los riesgos y problemas que la operación pudiere suponer.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En el presente, la contratación de servicios y compra de bienes online se dispararon. Los consumidores eligen comprar online principalmente por la facilidad del proceso de compra.

La contratación celebrada por medios electrónicos disminuye los costos de transacción⁶, reduce el tiempo de búsqueda de contratantes y de celebración; superando así las barreras de espacio-tiempo⁷.

Dentro del universo de contratos electrónicos, en función de los sujetos intervinientes pueden distinguirse diversos contratos⁸. Por un lado aquellos donde no intervienen usuarios-consumidores como los denominados B2B (business to business) que implican transacciones entre empresas o profesionales y los B2G (business to Government) negocios que vinculan empresas y gobierno.

Por otro lado encontramos, aquellos denominados B2C (business to consumers) transacciones entre empresas y consumidores, donde las plataformas conectan empresas que ofrecen sus productos propios o de terceros a los consumidores; y C2C (consumer to consumer) en el que

⁶ COUSE R., "The problem of social cost" *Journal of law and economics*, 1960, COOTER-ULEN "Derecho y economía", Fondo de cultura económica, México, 1998.

⁷ SCOTTI, L. B., "La contratación electrónica en el código civil argentino: una mirada desde el derecho internacional privado", *Lecciones y Ensayos*, Nro. 90, 2012, p. 130.

⁸ DOMINGUEZ GINESTAR, M. "La contratación electrónica y las plataformas de comercio electrónico", *SID*, Simposio Argentino de Informática y Derecho, p.144.

ninguna de las partes reviste calidad profesional, la plataforma es un tercero a la relación contractual que genera un entorno donde los consumidores contratan entre sí.

Esta ponencia se centrará en la responsabilidad de las plataformas en estas últimas dos modalidades, en particular respecto de los consumidores.

Para estos casos, las plataformas pueden definirse como “infraestructuras de hardware o software que proporcionan servicios y herramientas tecnológicas y programas y aplicaciones para la distribución, gestión y creación de contenidos y servicios digitales gratuitos o de pago, mediante la integración de varios medios”⁹.

En este contrato de uso de plataforma digital, el operador habilita al consumidor a utilizar un producto digital en internet destinado a compartir información o entablar comunicaciones a cambio o no de un precio en dinero donde puede acceder para consumir, compartir o intercambiar información o entablar comunicaciones¹⁰.

En Argentina no existe un marco normativo que regule la responsabilidad de los operadores a cargo de las plataformas de comercialización de manera orgánica y sistemática. Por ello, para dar respuesta a los conflictos que puedan surgir, la problemática debe ser analizada a través del ordenamiento jurídico vigente a la luz de los principios constitucionales y convencionales –en tanto se trata de respetar la dignidad humana del consumidor– de protección de los consumidores y usuarios.

2. EL CONSUMIDOR EN LA PLATAFORMA DE COMERCIALIZACIÓN

En primer lugar, debe de esclarecerse que en la realización de una compra online, se superponen al menos tres contratos. En primer lugar el contrato del proveedor con la plataforma, el contrato del consumidor con la plataforma y el contrato que celebren el consumidor con el proveedor en la plataforma.

⁹ ALPA, G “Sobre el poder contractual de las plataformas digitales”, La Ley, Internacionalización del Derecho, 2022. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1930/2022.

¹⁰ BALDUZZI, L.D., “El Contrato de uso de Plataforma Digital: la estructura jurídica de los modelos de negocio de la Economía Colaborativa” Revista de la Facultad, UNC, Vol.XI,Nº2, Nueva serie II (2020): 207-230.

Por tanto, fuera de la relación de consumo que se genera entre el proveedor (empresa o consumidor) y el consumidor, ambas partes contratan con la plataforma de comercialización aceptando sus términos y condiciones de uso. A partir de allí, el operador (la plataforma) habilita al consumidor a utilizar un producto digital en internet destinado a compartir información o entablar comunicaciones a cambio o no de un precio en dinero, acceder para consumir, compartir o intercambiar información o entablar comunicaciones¹¹.

Esta aceptación de las condiciones de uso, implica un contrato bajo la modalidad de "adhesión virtual" a cláusulas generales predispuestas impuestas unilateralmente por la plataforma para acelerar el tráfico.

La celebración del contrato, está alcanzada por lo dispuesto en el art. 1105 del CCCN dado que se trata de un contrato celebrado a distancia con el uso exclusivo de medios de comunicación, específicamente electrónicos. La expresión del consentimiento (aceptación) en términos del art. 978 CCCN se realiza mediante un click que equivale entonces a un acto que revela conformidad con la oferta (conf. art. 979 CCCN). A este tipo de contratación también se la denomina como clickwrap¹².

3. MODALIDADES DE ACTUACIÓN DE LA PLATAFORMA DE COMERCIALIZACIÓN

En la práctica comercial las plataformas ofrecen distintos servicios que suponen distintos grados de actividad en la relación de consumo, que inciden en materia de responsabilidad por daños.

El grado de actividad (activo o pasivo), genera una discusión acerca del rol del operador en el contrato, específicamente en su carácter meramente intermediador. Esto fue tratado en caso "Besler"¹³, donde Mercado Libre expresó que la plataforma se divide en dos secciones: una

¹¹ Ver: BALDUZZI, L. D., "El Contrato de Uso de Plataforma Digital: La Estructura Jurídica de los Modelos de Negocio de la Economía Colaborativa", Revista de la Facultad, UNC XI, no. 2, Nueva Serie II (2020): 207-230.

¹² SILVA, Lucas D., "La Responsabilidad de las Plataformas de E-Commerce", MJ-DOC-15967-AR | MJD15967, 9 de junio de 2021.

¹³ Besler, Darío Rubén c. Mercado Libre SRL. Sumarísimo, Expte. 74/19, con origen en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 2 (Expte. 326/15).

destinada a la compraventa de bienes no registrables en donde los datos del vendedor son informados al comprador solo después de efectuada la compra (marketplace - rol activo); y otra dedicada a bienes registrables, en donde los datos del vendedor están publicados en la propia oferta (clasificados - rol pasivo). Esta segunda sección permite a los interesados contactarse directamente con el oferente para acordar el pago, y la plataforma hace recomendaciones a los usuarios permaneciendo ajena a la transacción.

Estos roles fueron discutidos en distintos casos¹⁴, en los que las plataformas de venta electrónica fueron condenadas por daños cuando se entendió que tuvieron una participación activa y un conocimiento efectivo de la ilicitud de la transacción por ser intermediarias.

Al respecto se estableció que la diferencia entre el rol activo y el pasivo es fundamental porque en el papel activo, hay control sobre la oferta, extremándose el deber de informar¹⁵. En este rol, la relación jurídica entre la plataforma y el consumidor configura un contrato de consumo, dado que la plataforma es alojadora de la oferta. La misma es visible para aquellos consumidores que adhieren a los términos y condiciones de uso de la plataforma. Por tanto, se aplican las disposiciones protectorias del derecho del consumo y de los contratos de adhesión.

Las precisiones sobre los roles, se retomaron en el caso “Kosten”¹⁶, donde se estableció que cuando la plataforma tenga un rol como “mero canal” (pasivo) no responde por daños. El rol pasivo se limita a proporcionar un foro para una transacción, dando un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por el proveedor. Sin perjuicio de lo expresado, este rol técnico y pasivo, puede verse cuestionado cuando se presentaren situaciones en las que la plataforma tuviera o hubiese podido

¹⁴ Ver “Nike International Ltd. c. Deremate.com de Argentina S.A.” Causa n.º 2060/2008, Sala I, Juzgado n.º 1, Secretaría n.º 2. Buenos Aires, 5 de mayo de 2015. DAÑOS Y PERJUICIOS. <https://ar.vlex.com/vid/nike-international-ltd-c-569654726>. y ‘Nike International Ltd c. Compañía de Medios Digitales CMD S.A. s/ Cese de uso de marcas’ de la CNCIV y COMFED”.

¹⁵ CHRISTOPHERSEN, Rodolfo, “De ‘Claps’ a ‘Kosten’: Una correcta evolución sobre la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico”, Revista Derecho y Nuevas Tecnologías N.º 2 (2020): p. 61. CDYT. ISSN 1514-1918. Buenos Aires, Argentina.

¹⁶ Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial SALA D, 22/03/2018.

tener conocimiento efectivo del carácter apócrifo de los datos almacenados o si no actuara retirándolos una vez advertidos. En este escenario se evaluará un mayor nivel de diligencia en su actuación, dado que se extrema el deber de informar y advertir.

Otro caso relevante es *Mussi*¹⁷, allí se consideró que la plataforma desarrolló un rol pasivo y no se acreditó en el caso que su actividad hubiera sido negligente o que no hubiera adoptado las medidas asu alcance para prevenir el daño. Entre sus fundamentos expresó que la responsabilidad de las plataformas es subjetiva y “responderá cuando se pruebe que su propia negligencia ha causado el daño (arts. 1721, 1724, 1725y concordantes del CCCN) o que no ha adoptado todas las medidas de seguridad que se encuentran a su alcance para prevenir un daño (art. 1710 CCCN)”; o cuando “han generado un grado de confianza tal que el usuario pudo creerse amparado por tal plataforma, ya sea incumpliendo con el deber de información o mediante mensajes o publicidad engañosa”. Sin perjuicio de la decisión adoptada la sentencia fue exhortativa a la toma de acciones preventivas por parte de la plataforma.

Esto supuso seguir la decisión del caso *Pergierycht*¹⁸ en el que siguiendo el principio preventivo que surge del artículo 1710 del CCCN se exhortó a la plataforma a implementar las medidas necesarias a fin de contar con todos los datos que identifiquen debidamente a los oferentes de productos y servicios y, ante la denuncia de un consumidor por incumplimiento o estafa de un proveedor, poner a disposición esa información de forma ágil y segura, e indicando al usuario-consumidor los pasos a seguir para conseguirlos.

Así, puede constatarse que la jurisprudencia ha adoptado los criterios establecidos en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en 2022 en la Ciudad de Mendoza. En las conclusiones de la comisión de Derecho de Consumo, en el punto 2.8. se establece “Los principios de seguridad, prevención de riesgos, protección de la confianza, apariencia e información constituyen directrices ineludibles en la solución de los

¹⁷ *Mussi*, Julio César c. Mercado Libre SRL y otro/a. Daños y perjuicios por incumplimiento contractual (excepto Estado).

¹⁸ *Pergierycht*, Damian c. OLX SA. Ordinario. CNCom., Sala C, 30 de agosto de 2021. TR LALEY AR/JUR/131590/2021.

problemas suscitados en torno a la responsabilidad de las plataformas digitales”.

El uso de tecnologías, agrega la obligación de garantizar un uso seguro, reforzando los deberes del operador, especialmente el de información, receptado constitucional y convencionalmente. Este deber ha de ser satisfecho a efectos de garantizar la seguridad en la navegación del sitio y en la contratación.

Así el operador de la plataforma tiene la obligación de cumplir con la normativa aplicable en materia de consumidor, de contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas, de contratos y la teoría general de la responsabilidad civil del CCCN, en la cual la función preventiva o anticipación del daño constituye un nuevo paradigma del derecho privado, un principio general del derecho.

Este deber se conjugará con el derecho a la seguridad consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional, reforzado por el texto del art. 5° de la Ley de Defensa del Consumidor que sostiene que es obligación del proveedor garantizar la indemnidad de los consumidores y usuarios frente al uso del producto o la prestación del servicio. Así como también el deber de informar consagrado en el mismo artículo constitucional y en la Ley de Defensa del Consumidor.

Por tanto, habrá responsabilidad de las plataformas por su actuación en un rol activo en los términos del microsistema jurídico de defensa del consumidor, por el contrato celebrado mediante la adhesión a cláusulas predispuestas por el operador.

En cuanto a la responsabilidad de las mismas por su rol pasivo/neutro, sin perjuicio de la relación jurídica de consumo entre el oferente y el consumidor, la plataforma deberá extremar la diligencia en su actuación para dar cumplimiento al deber de información y advertencia sobre los riesgos y problemas que la operación pudiere suponer.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS “INFLUENCERS” EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Por Laura Gabriela Fiasche y Sebastián Varni¹

I. CONCLUSIONES

De lege data.

1. Debe distinguirse a los “influencers” que publicitan productos o servicios realizando una simple mención de aquellos que además comparten en su perfil enlaces directos al canal de compra. Los primeros no se equiparan a los proveedores, pero son responsables por los daños que pudiera ocasionar (tanto a los consumidores como a las marcas/empresas) la referencia publicada, a partir de su conducta culposa o dolosa en la generación de confianza sobre la base de información falsa o inexacta. A los segundos, en cambio, les cabe la responsabilidad objetiva establecida por el art. 40 de la ley N° 24.240.

De lege ferenda.

2. Debe imponerse a los “influencers” la advertencia a sus seguidores sobre el carácter publicitario de contenidos de los mensajes que difundan, estableciendo su responsabilidad solidaria con el proveedor, en caso de incumplimiento.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN.

En su diversificación exponencial, el desarrollo de las redes sociales ha traído consigo el de nuevas formas de interacción, distribución de bienes e intermediación en la validación de contenidos y construcción de sentidos. En ese ámbito, donde todo es posible, las figuras se constituyen como tales a partir de la adhesión que concitan, del número de seguidores que tienen y de su ascendente sobre ellos. Cuando utilizan tal posición para promover

¹ Prof. Auxiliares de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA.
Aval del Dr. Gustavo Caramelo Díaz, Prof. Adjunto, Facultad de Derecho, UBA.

determinadas actividades, lugares o productos, se las incluye en la categoría de “influencers”.

Entonces, definimos “influencers” como personas que, por distintas circunstancias, han alcanzado a sobresalir o captado la atención de un grupo considerable de seguidores (a partir de 10.000) en los canales de comunicación digital, principalmente las denominadas redes sociales².

Las modalidades son múltiples y podemos encontrar tanto “influencers” positivos, que muestran y recomiendan productos y servicios, como negativos, que se especializan en criticar y desanimar a sus seguidores acerca de consumos y conductas. Además, existe una multiplicidad de situaciones “grises”, por lo que no se puede pretender una regulación binaria de dicha actividad.

El hecho de que sus opiniones generen tendencias en el consumo de productos y servicios les hace en algún grado partícipes de la suerte de su provisión a los consumidores que confían en sus consejos, por lo que se constituyen de hecho en un eslabón relevante de publicidad y comercialización de bienes. De allí que corresponda al ámbito jurídico evaluar si cabe asignarles responsabilidad por los daños que pueden sufrir quienes accedieron a un determinado consumo guiados por su estímulo.

La novedad de la figura y su precisión en el universo de actividades posibles determina que no encontremos alusión a su actividad ni en el Código Civil y Comercial de la Nación ni en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, pero el artículo 1103 del CCCN integra los términos de la publicidad al contrato, y corresponde establecer si deben aplicarse a los “influencers” los estándares jurídicos con los que se evalúa esa actividad y la responsabilidad derivada de los perjuicios que ella pueda generar, como ocurre cuando es engañosa.

La confianza que depositan en los “influencers” sus seguidores fomenta su utilización como medios publicitarios, a quienes cabe el cumplimiento de los requisitos de información clara, veraz y leal, proporcionada con sujeción al principio de buena fe que corresponde exigir en las relaciones de consumo, a las que está centralmente orientada su actividad.

² Imirizaldu, H., “¿Qué ocurre con el régimen jurídico de los influencers?”, SJA 26/04/2024, La Ley, TR LALEY AR/DOC/244/2024.

Cabe entonces que nos preguntemos: ¿qué responsabilidad le cabe a los “influencers” frente a quienes consumen los productos que publicitan?

2. LA CONFIANZA DEPOSITADA EN LOS “INFLUENCERS” Y SU IMPACTO EN LOS CONSUMIDORES

Frecuentemente los “influencers” muestran su vida como un idilio: todo lo que les ocurre delante de la cámara es bueno (o por lo menos anecdótico). Esa elección en los contenidos a mostrar genera una falsa idea de perfección y tiene su correlato en el interés de los consumidores por, justamente, imitar las conductas de aquellos “influencers” con vidas envidiables para conseguir esa misma vida, o al menos algún aspecto de ella.

Según Weingarten³, la confianza es un activo intangible con plazo de existencia ilimitado que se construye entonces por elementos objetivos y elementos subjetivos, es decir, un “valor” que posee una potencialidad de resultados futuros, que se sitúa por encima de los activos tangibles.

Entendemos que si la confianza es vulnerada no repercute únicamente en la legitimidad del “influencer” y de la marca, sino que vulnera los derechos de la persona consumidora y la pone en una posición de debilidad e incertidumbre.

“La marca o nombre comercial de una empresa o un producto o servicio garantiza que éste será confiable, que el consumidor no sufrirá daño alguno, es decir, que existe una confianza especial por sobre la confianza genérica, esto genera que el ordenamiento jurídico imponga una responsabilidad agravada por la condición especial del agente (art. 1725 CCCN)”⁴. Frente a esto, por su dinámica de supuesta espontaneidad y ropaje de franqueza y complicidad con sus espectadores, los “influencers” generan una confianza especial, que supone un aval con respecto a los productos que recomiendan. En todo caso, eligen los que menos los expongan a la hora de

³ WEINGARTEN, C., “Protección jurídica de la confianza de los consumidores” en: *El principio de confianza en el Código Civil y Comercial*, 1°ed. Revisada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 61.

⁴ WEINGARTEN, C., “El comportamiento en el mercado. Empresas y consumidores” en: *El principio de confianza en el Código Civil y Comercial*, 1°ed. Revisada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 27.

ofrecer una recomendación, pero jamás admiten estar mintiendo o exagerando sobre ellos.

En definitiva, lo que distingue a los “influencers” es que ellos no son simples modelos o celebridades, sino creadores de contenidos que integran mensajes de marketing en sus publicaciones en redes sociales, en una forma que resulta atractiva a sus seguidores.

Estos referentes suelen formar relaciones sólidas con otros miembros de los colectivos que los siguen a través de la divulgación íntima y las interacciones en línea, y ya que son vistos como miembros de ese colectivo, están en condiciones de direccionar la respuesta a sus actividades comerciales o a la de sus patrocinadores⁵.

Sostiene Weingarten⁶ que la expectativa nace fundamentalmente a partir de la confianza, que orienta el comportamiento y guía las decisiones del individuo y sus intencionalidades. Toda decisión es en última instancia el resultado de expectativas creadas por las empresas. En este caso, la expectativa se encuentra generada por los “influencers” que suplen el rol de las publicidades tradicionales. Frente a ello, corresponde que tomen conciencia del lugar que ocupan y de lo que éste implica.

En las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁷ se concluyó que “...el principio protectorio opera con mayor intensidad en los entornos virtuales, dada la situación de vulnerabilidad específica [...] garantiza no disminuir los niveles de tutela aplicables en otras modalidades de comercialización...”. Además, se estableció que “...el principio de transparencia en el ámbito de los entornos digitales exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible en las diferentes etapas de la relación de consumo...”.

En cuanto a los consumidores, podemos destacar que confían más en aquellas actividades o profesiones que implican una mayor especialización,

⁵ MARDON, Rebecca, COCKER, Hayley y DAUNT, Kate, “How Social Media Influencers Impact Consumer Collectives: An Embeddedness Perspective”. *Journal of Consumer Research*. Oct. 2023, Vol. 50 Issue 3, p. 617-644.

⁶ WEINGARTEN, C., “El comportamiento en el mercado. Empresas y consumidores” en: *El principio de confianza en el Código Civil y Comercial*, 1ºed. Revisada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 27

⁷ XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Conclusiones de la Comisión N° 5, 2022.

lo que se ve plasmado en el art. 1725 del CCCN, que apunta a la “condición especial de los agentes”. Sin embargo, en el caso de los “influencers” la relación de confianza no está dada por su condición especial, sino por la impostada cercanía que generan al comunicarse diariamente con seguidores a quienes no conocen. Así, algunos de estos referentes digitales pueden haberse hecho conocidos por exponer momentos de su vida y narrar sus anécdotas, pero publicitan a través de sus redes productos variados o incluso servicios. No se especializan en aquellas materias, sin embargo, capitalizan la confianza generada en sus seguidores para transformarlos en consumidores de las marcas que los contrataron.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL “INFLUENCER”

El art. 2 de la ley N° 24.240 establece que el proveedor es aquel que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

En la misma línea, el art. 4 estipula que corresponde al proveedor suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

Tal definición no incluye, entonces, a los “influencers” como proveedores, pues ellos son un “medio” para la publicitación de lo comercializado por los sujetos comprendidos en el art. 2; con excepción de las situaciones que veremos más adelante.

Como dijimos, el art. 1103 del CCCN integra la publicidad al contrato, por lo que debemos entender que los “influencers” tienen un rol dentro del negocio con el que se vinculan. Su actividad incluye habitualmente el despliegue de técnicas de Publicidad No Tradicional (PNT), definida en la ley N° 26.522 como “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”, concepto que consideramos aplicable a la actividad desarrollada por los promotores en las redes sociales.

Como expresa Stiglitz: “El reinado de la publicidad en nuestro tiempo es casi absoluto. La publicidad existe para informar pero, por sobre

todo, para persuadir. Ella vende bienes y servicios, convirtiéndolos previamente en sueños y en imágenes [...] Hoy se la concibe como algo mucho más sutil, como el arte de enseñar a la gente a necesitar cosas. La publicidad funciona sin que sepamos que funciona, muchas veces con el mayor sigilo. Su poder reside en que generalmente no le prestamos demasiada atención. Frente a ella estamos desprevenidos, con nuestras defensas normales «bajas»⁸.

Creemos entonces que es fundamental hacer una distinción a los fines de establecer el factor de atribución aplicable.

La responsabilidad será objetiva en los términos establecidos por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor para aquellos “influencers” que habiliten, dentro de su publicación, un enlace directo al canal de compra. En ese caso, forman parte de la cadena de comercialización, lo que incrementa su deber de información y agrava la responsabilidad. No podemos perder de vista que, en el entorno digital, la facilitación de aquel enlace directo fomenta la pulsión al consumo.

Por otro lado, para aquellos “influencers” que realicen una simple mención en sus redes sociales de los productos o servicios que publicitan, en caso de producirse un daño (que puede ser sufrido tanto por los consumidores como por las marcas/empresas, si tenemos en cuenta la actividad de los “influencers” negativos) la responsabilidad se evaluará con apoyo en un factor de atribución subjetivo, a partir de su obrar con culpa o dolo.

Plantea Hernández que, en los entornos digitales, “las respuestas legales son particularmente insuficientes, o padecen de un alto riesgo de obsolescencia, lo que exige jerarquizar el rol de los principios a fin de adoptar soluciones circunstanciadas”⁹.

Como sostienen Marhaba y Barocelli, para que la publicidad se ajuste a derecho, lo descripto, informado o prometido resulta obligatorio ante los

⁸ STIGLITZ, R. en Caramelo, G.; Picasso, S; Herrera, M. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 502

⁹ HERNÁNDEZ, C. A., “El derecho del consumidor y los entornos digitales”, SJA 14/07/2021, p. 4, TR LALEY AR/DOC/1656/2021

consumidores. De lo contrario, nos encontraríamos frente a publicidades ilícitas¹⁰.

Consideramos que no existen basamentos normativos suficientes para atribuir al “influencer” (con la excepción antes descripta) responsabilidad objetiva frente al daño que podría ocasionar el producto que publicita a través de sus redes, pues no se lo puede definir como proveedor ni participa directamente, en principio, de las ganancias de la empresa.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que a menudo se trata de personas que participan de procesos de debate en redes sobre temáticas diversas y que la asignación de responsabilidades objetivas por algunos aspectos de su actividad podría repercutir negativamente en el ejercicio de su libertad de expresión, vertebral en la construcción de una sociedad plural.

No obstante, por el rol que les cabe en el proceso de difusión de las bondades de determinados productos o servicios, corresponde exigirles que actúen con diligencia y buena fe en la provisión de información a sus seguidores, cuya confianza debe ser tutelada, como parte del reconocimiento de la realidad de las nuevas formas de publicitación que vemos desplegar en las redes y el mercado.

El grado de variantes posibles presentar desaconseja que puedan incluirse todos los casos dentro de la responsabilidad objetiva.

El proyecto de ley S-1034/2024¹¹ estipula en sus artículos 12 y 13 una serie de sanciones para los “influencers”, que van desde el apercibimiento hasta la imposición de multas dinerarias para los que incumplan con las pautas establecidas, y extiende las mismas a los intermediarios y empresas cuyos servicios y productos sean promocionados o publicitados.

Entre esas pautas, define que la publicidad comercial digital realizada por estos referentes de las redes será ilícita cuando asuma la modalidad de abusiva y engañosa y no respete el principio de autenticidad publicitaria.

¹⁰ MARHABA, D. y BAROCELLI S., Los Influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores, en La protección de los consumidores en el entorno digital. 1ª Ed. CABA, Ed. El Derecho, 2021.

¹¹ Presentado por los Senadores Leavy y Duré. Ingresado a Comisión el 26/06/2024.

Creemos entonces que, tanto frente a la normativa vigente como ante la nueva legislación planteada, el análisis de la responsabilidad de los “influencers” debe realizarse a partir del factor de atribución subjetivo que se le podría aplicar en el caso particular de que hayan actuado de forma negligente (con culpa) o con dolo.

Además, sostenemos que, hasta tanto se dicte alguna normativa específica, el elemento de antijuridicidad se ve satisfecho con la violación del principio de no dañar, incluido en el art. 1716 del Código Civil y Comercial.

Sin perjuicio de ello, afirmamos que, en el marco de las buenas prácticas de esta actividad, debe imponerse como obligatoria la mención expresa de los contenidos publicitarios, adecuada según el medio a través del cual se esté realizando, para que el consumidor tenga la certeza en cada caso de la intención del material compartido. Esto, más allá de la responsabilidad objetiva que le cabe al proveedor del producto publicitado frente al daño causado.

Hoy en día, las plataformas más comunes han incorporado sistemas que se informa en los mensajes e imágenes publicadas si se trata de una colaboración paga. Es una forma de alertar a los espectadores que lo que están viendo es, en realidad, una publicidad.

Puede emplearse una etiqueta digital que da cuenta de la existencia de una “relación comercial” entre el “influencer” y una marca o proveedora de bienes y servicios. Pero su inclusión queda librada a criterio del difusor, quien la realiza como declaración unilateral al efectuar la publicación.

Consideramos que esa declaración debe imponerse en la normativa como una obligación y no una carga, y que, en pos de fomentar la conducta, su incumplimiento implicará la responsabilidad solidaria del “influencer” con el proveedor.

Por otra parte, el art. 81 de la mencionada ley N° 26.522, en lo pertinente, nos brinda una serie de pautas que deben ser cumplidas por los “influencers”: “no se emitirá publicidad subliminal entendida por tal la que posee aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto” (inc. f); “la publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad” (inc. h); “los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad

humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes” (inc. i); “la publicidad que estimule el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco o sus fabricantes sólo podrá ser realizada de acuerdo con las restricciones legales que afectan a esos productos” (inc. j); “los anuncios, avisos y mensajes publicitarios promocionando tratamientos estéticos y/o actividades vinculadas al ejercicio profesional en el área de la salud, deberán contar con la autorización de la autoridad competente para ser difundidos y estar en un todo de acuerdo con las restricciones legales que afectasen a esos productos o servicios” (inc. l), entre otros.

Finalmente, en virtud de la dificultad que podría acarrear la demostración de la culpa del “influencer” en su accionar, entendemos que sería prudente aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, con respecto al daño ocasionado al cliente.

4. CONCLUSIONES.

Los “influencers” publicitan productos y servicios en sus redes de diferentes maneras. Debe distinguirse a los que realizan una simple mención de aquellos que además comparten en su publicación enlaces directos al canal de compra. Los primeros no se equiparan a los proveedores, pero son responsables por los daños que pudiera ocasionar (tanto a los consumidores como a las marcas/empresas) la referencia realizada sobre productos o servicios, a partir de su conducta culposa o dolosa en la generación de confianza sobre la base de información falsa o inexacta. A fin de demostrar si su actuar fue o no diligente, corresponde la aplicación de la carga dinámica de la prueba. A los segundos les cabe la responsabilidad objetiva establecida por el art. 40 de la ley 24.240, por encontrarse incluidos en la cadena de comercialización.

REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DEL INFLUENCER

Por Carlos Alberto Fossaceca¹

I. CONCLUSIONES

1. La actividad de publicistas, entre los que se hallan los influencer, no los constituye en proveedores;
2. El influencer no responde por el incumplimiento de la prestación prometida por el contratante directo;
3. En principio, se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva;
4. La *relación de causalidad*, entre lo actuado por el influencer y los eventuales daños, no se presume y debe ser probada conforme a los principios generales;
5. La responsabilidad será *objetiva* cuando se garantice, de modo expreso o tácito, un *resultado*;
6. La actividad de los influencer *no es peligrosa*, excepto que las circunstancias así lo determinen; o cuando el influencer sea un producto de la Inteligencia Artificial.
7. La Buena Fe exige que el influencer revele todo vínculo económico y/o jurídico que lo vincule al proveedor directo;
8. Es aconsejable la redacción de códigos de buenas prácticas, que incluyan al uso de IA y sus actividades multipropósito, sin que ello implique una alteración o sustitución de las fuentes formales del derecho;
9. Conforme su crecimiento y aceptación social en ascenso, resulta deseable una regulación específica para este mecanismo de negocios.

¹Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), también Especialista en Derecho de Daños (UCA) y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Email: fossaceca@uca.edu.ar

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La figura del influencer ha adquirido gran protagonismo como consecuencia de ser un recurso de marketing y divulgación de vital importancia de las plataformas digitales.

A través de su actividad, se publicitan los más diversos bienes para que sean adquiridos por los usuarios de las plataformas digitales.

2. CONCEPTO

El influencer es una persona que se ha hecho conocida a través del uso de Internet y las redes sociales, y utiliza su celebridad para *respaldar*, *promover* o *generar* interés en determinado producto o servicio ².

3. REGLAS JURÍDICAS A APLICAR

La *actividad* del influencer se enmarca dentro del ámbito publicitario. Dentro de éste, su nota característica es el empleo de redes sociales y nuevas tecnologías, a través de las cuales proyecta esta particular forma de comunicación. Es un producto social de la llamada Sociedad de la Información.

La responsabilidad del influencer se funda en el derecho común, y no en el derecho consumeril.

Si bien es cierto que el artículo 2º de la ley 24240³ no señala un listado taxativo de *personas* que pueden ser tenidas como proveedores, es

2 Diccionario inglés Oxford, 3er significado de influencer (2007), <https://www.oed.com/search/advanced/Meanings?textTermText0=influencer&textTermOpt0=WordPhrase>, captado 25 de Marzo de 2024.

En el proyecto de ley, expediente 1358/20, presentado por la senadora Cristina del Carmen López Valverde se los define como aquellas personas que "poseen un número importante de seguidores o suscriptores y son sujetos verificados por la red social, y a través de su cuenta utilizan su alto grado de exposición, su imagen reconocida en las redes sociales y su capacidad de convencimiento para promocionar un determinado objeto, producto o servicio con el objeto de influir en las decisiones de consumo de sus seguidores y de este modo obtener algún rédito económico en su beneficio".

3 Artículo 2º de la Ley 24.240: "PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente,

dable entender que la actividad publicitaria no ha quedado enmarcada en tal norma.

Desde el punto de vista contractual, el consumidor contrata con el proveedor directo, y no con el influencer.

En atención a ello, y al efecto relativo de los contratos, el influencer no resulta responsable de los incumplimientos en que pudiere incurrir el proveedor directo.

4. PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Para que la actividad del influencer genere responsabilidad civil, es dable considerar el siguiente análisis:

a) *Antijuricidad*

En líneas generales, la *antijuricidad* se verificará cuando una persona padezca un daño no justificado (art. 1717⁴ CCCN), que sea *consecuencia* de informaciones perniciosas (inexactas, insuficientes, discriminatorias, agraviantes, peligrosas, falsas, engañosas o prohibidas) *difundidas* por el influencer.

Esta antijuricidad puede configurarse tanto por acción (por ej, cuando las expresiones del influencer son inexactas), como por omisión (v.gr. cuando la información es insuficiente).

Dentro de la valoración de la antijuricidad deben tenerse presentes:

actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

4 Artículo 1717 del Código Civil y Comercial: “Antijuricidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”.

Las normas sobre *competencia desleal*, y sobre publicidad engañosa y comparativa previstas en el Dec. 274/2019⁵.

La regulación de las *prácticas abusivas* prevista en los arts. 1096 a 1099 CCCN⁶.

Las *publicidades prohibidas* a tenor del art. 1101⁷ CCCN.

Las *disposiciones particulares* que regulan o limitan determinadas publicidades, propagandas o anuncios, como ser la prohibición referida a los juguetes que sean réplicas de armas de fuego⁸, las pautas previstas para las publicidades referentes a medicamentos⁹, la ley 27642 de Promoción de Alimentación Saludable¹⁰, el régimen de las entidades financieras¹¹, etc.

5 B.O. 22/04/2019.

6 Los artículos mencionados disponen:

Artículo 1096 del Código Civil y Comercial: “Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”.
Artículo 1097 del Código Civil y Comercial: “Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.
Artículo 1098 del Código Civil y Comercial: “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

Artículo 1099 del Código Civil y Comercial: “Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”.

7 Artículo 1101 del Código Civil y Comercial: “Publicidad. Está prohibida toda publicidad que: a) 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; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.”

8 Art. 2, ley 9198 de la Pcia de Córdoba, B.O. Córdoba 22/12/2004.

9 Resolución de A.N.M.A.T. nro 3186/1999, B.O. 30/06/1999.

10 B.O. 12/11/2021.

11 Arts 16 y 17, ley 21526, DJA D-1088.

b) *Relación de causalidad*

Conforme al régimen general, la víctima debe acreditar la existencia de una *relación de causalidad adecuada* entre el daño sufrido y la información propagada por el influencer (art. 1726¹² CCCN).

De tal modo, en dicha ponderación deberá acreditar:

La existencia del daño;

La inadecuación del mensaje propagado por el influencer;

Se deberá demostrar que dicha información era susceptible, conforme al curso natural y ordinario de las cosas, de causar un nocimiento en sus destinatarios;

Se tendrá que probar que, a la fecha de la producción del daño, la víctima estuvo expuesta a la información perniciosa (acreditando, por ejemplo, que a esa fecha lo seguía al influencer en las redes sociales);

Finalmente, será necesario comprobar que el mensaje propagado fue lo que determinó que la víctima *adquiriese* el producto o servicio que le produjo el daño.

Todo esto deberá ser evaluado según el curso natural y ordinario de las cosas, esto es, conforme al criterio que inspira a la teoría de la causalidad adecuada.

Lo dicho es sin perjuicio de la posibilidad de distribuir las cargas probatorias, y de la valoración de las circunstancias de cada caso (art.1735¹³). Seguramente, no ha de tener la misma incidencia una persona conocida solo localmente y con pocos seguidores, que otra -a la cual- la siguen miles o millones de personas en el mundo entero.

12 Artículo 1726 del Código Civil y Comercial: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

13 Artículo 1735 del Código Civil y Comercial: “Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.”.

c) *Factores de atribución*

Ante la inexistencia de una norma que imponga la responsabilidad objetiva, cabe entender que la responsabilidad del influencer, es, en principio, subjetiva (arg. art. 1721¹⁴ CCCN).

En la valoración de la culpa serán determinantes las circunstancias del caso para mensurar el juicio de diligencia de la conducta desplegada. No es lo mismo publicitar un producto cosmético aprobado por la autoridad de aplicación, que *promover* riesgosas inversiones financieras.

La masividad de la exposición del mensaje, el empleo de medios tecnológicos, el anonimato de los destinatarios, y la especial naturaleza de ciertos productos o servicios, conllevan el deber del influencer de *extremar* los recaudos para verificar la veracidad y procedencia de su mensaje.

En tal sentido, debe recordarse que el empleo de medios tecnológicos acentúa la vulnerabilidad de los consumidores, y no puede ser tenido como un factor de atenuación de responsabilidad. Por el contrario, al generarse una sensación de *cercanía* y *ausencia de intermediación*, aumenta la confianza del consumidor.

La difusión de un mensaje publicitario no configura de por sí una actividad que encuadre como *peligrosa* en los términos exigidos por el art. 1757¹⁵ CCCN.

Sin embargo, si será peligrosa su actividad, de acuerdo con las circunstancias del caso, cuando se *promueven* productos o servicios cuya comercialización se encuentra prohibida o cuando no se cumplen las normas que regulan la publicidad de ciertos bienes. Sería el caso, v.gr., en que una persona que no sea profesional de la medicina, y que pese a ello, estimule la adquisición de productos farmacéuticos.

14 Artículo 1721 del Código Civil y Comercial: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

15 Artículo 1757 del Código Civil y Comercial: “Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

El criterio de responsabilidad también será *objetivo* cuando se garantice un resultado o la eficacia de un resultado.

Igual criterio debería aplicarse cuando el influencer sea producto de una Inteligencia Artificial (IA), hipótesis perfectamente plausible en la actualidad. Tal es el caso de Aitana que goza de más de 120.000 seguidores. Creada por una agencia española, posee un Instagram donde interactúa con sus seguidores. Se presenta como fan de los juegos y del fitness.

5. CONVENIENCIA DEL CONOCIMIENTO POR PARTE DEL USUARIO DEL VÍNCULO COMERCIAL ESTABLECIDO ENTRE EL INFLUENCER Y EL PROVEEDOR

La Buena Fe, figura de primigenia importancia receptada en el artículo 9¹⁶ del CCCN como principio general del derecho, indica que es apropiado que el consumidor conozca la existencia de una *relación onerosa* entre el influencer y el propietario del producto que trata de dar a conocer entre sus seguidores. No es necesario que sea una prestación dineraria, ya que, en muchas ocasiones, se le paga al influencer mediante canjes.

Este *deber de informar*, como desprendimiento de la Buena Fe, condice, también, con el principio de transparencia de los entornos digitales y de veracidad de la publicidad.

Se torna recomendable en este punto consignar una leyenda que indique que se trata de una actividad onerosa, de fácil lectura, que evite confusiones al respecto. Tendría que estar visible desde el momento en que aparezca el anuncio. Muchas veces se utilizan signos tales como # o @ para captar mejor la atención del usuario.

Debe considerarse práctica desleal hacer pasar el elogio de un producto como si fuera una decisión espontánea cuando en realidad es una relación monetizada, y que, por lo tanto, se paga.

6. FOMENTO DE LA REDACCIÓN DE CÓDIGO DE BUENAS PRACTICAS

Constituye una *medida razonable* alentar la confección de una serie de indicaciones que tipifiquen conductas que tutelen la *dignidad* del

¹⁶ Artículo 9 del Código Civil y Comercial: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”.

consumidor y que *promuevan* que el mensaje publicitario sea lo más exacto posible¹⁷.

Se trata de mecanismos autorregulatorios, que conformarían un modo de desalentar procedimientos desleales y abusivos. Asimismo, proveerían una herramienta preventiva de autocomposición ante las dudas que se suscitan por no tener una regulación específica del influencer.

Claro está, estos códigos de buenas prácticas no pueden aspirar a suplantar a las fuentes formales del derecho.

7. NECESIDAD DE REGULACIÓN

El influencer es una figura *típica* del mundo actual, escenario de la Revolución Industrial 4.0. Como tal, ha suscitado diversas interpretaciones.

A fin de aventar cualquier tipo de duda, resulta aconsejable, *de lege ferenda*, el debate y sanción de una normativa que gobierne la mentada actividad, tal como lo hiciera España de manera reciente.

¹⁷ Así lo han predicado los profesores Debora Marhaba y Sergio Sebastian Barocelli en la doctrina nacional. Véase Marhaba, Débora y Barocelli, Sergio Sebastián, “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/1926/2020, Punto V. Una posible propuesta: un código de buenas prácticas para influencers.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS “INFLUENCERS”

Por Juan Franco Carrara¹

I. CONCLUSIONES

1. Proponemos una reforma legislativa del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 que incorpore a los influencers expresamente con responsabilidad objetiva y solidaria.

Propuesta reforma texto legislativo:

Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta de vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el influencer, 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. Sólo se liberará, total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

II. FUNDAMENTOS

1. CONCEPTO DE INFLUENCER

a) *Observatorio de palabras de la Real Academia Española*²

“La voz influencer es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales. Como alternativa en español, se recomienda el uso de influyente: Cómo ser influyente en redes sociales. También serían alternativas válidas influidor e influenciador”.

2. PERSONA HUMANA O PERSONA JURÍDICA

¹ Profesor Titular Cátedra “B” – Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

² www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer

a) *Quiénes pueden ser “influencers”*

Conforme el Título I y Título II del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, pueden ser “influencers” todas las personas humanas y jurídicas que utilicen las redes sociales para influir en los consumidores de bienes y servicios.

3. “LEGE LATA”

a) *Ley 24.240 y Código Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*

En la ley de defensa del consumidor N° 24.240 ni en el Código Civil y Comercial se hace referencia a la responsabilidad específica de los “influencers”, ni se regula su actividad en redes sociales.

4. ENTORNO DIGITAL – REDES SOCIALES – RESPONSABILIDAD CIVIL

a) *Confianza generada*

La actividad desplegada influyente del “influencer” en las redes sociales³ se asemeja a la actividad de los personajes famosos en su intervención publicitaria. Pero entendemos que son actividades distintas y de naturaleza distinta; ya que en el primer caso “los influencers” cuentan con el seguimiento masivo, validación masiva de su figura por otras personas en las redes sociales y “los famosos” validan su fama en propios atributos

³ PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Tratado de Responsabilidad Civil. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Tomo V Parte Especial. Acciones de Responsabilidad Civil. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Año 2024. Págs. 246 y 247. “Las redes sociales son sitios de Internet (plataformas informáticas) que permiten a los usuarios mostrar su perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con sus amigos y, en general, compartir e intercambiar contenidos de todo tipo (información, opiniones, comentarios, fotos y videos). El usuario comparte con distintas personas contenidos de todo tipo mediante aplicaciones especialmente diseñadas por cada red, bajo un régimen de condiciones jurídicas estandarizadas mediante contrato de adhesión. Se persigue intercambiar contenidos entre personas que se relacionan libremente en el espacio virtual. Se trata de espacios de comunicación que tienen enormes proyecciones sociales, políticas y económicas. Su poder en materia de comunicación, marketing y tendencias es incontrolable, pues influyen directamente en las preferencias y opiniones de los consumidores y usuarios ...”.

personales y aparecen individualmente frente a los consumidores a quienes dirigen el mensaje.

En ambos casos generan una “particular confianza” en el público consumidor. Y esa “confianza desplegada” es el fundamento de la responsabilidad civil⁴.

Celia Weingarten enseña que “la confianza genera *razonables expectativas* y quien actúa conforme a ella tiene derecho a que esas expectativas se vean satisfechas y a poner en marcha los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para obtener su cumplimiento”⁵.

b) Responsabilidad civil. La confianza como factor objetivo de reparación de daños.

Siguiendo en la doctrina a la Celia Weingarten referimos que “las razonables expectativas que se ven frustradas cuasándose un daño, encontramos que corresponde una *responsabilidad objetiva*. Sin perjuicio de que pueda mediar en otros casos factores subjetivos.

La atribución de responsabilidad objetiva por la lesión a la confianza, ya ha sido receptada en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor cuando introduce la responsabilidad de quien aporta una marca – el productor aparente – siendo el fundamento de ello la confianza que se genera en el público y el consiguiente beneficio que obtiene mediante el empleo de la marca.

Esta atribución objetiva de responsabilidad se deriva de la noción de riesgo provecho, y de la actividad económica que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana. Quien realiza una actividad económica obteniendo por ello un beneficio, debe reparar el daño provocado por la pérdida o frustración de expectativas”.

a) Los “influencers” integran el proceso de comercialización de bienes y servicios en el mercado.

⁴ ONDARCUHU, José Ignacio. Publicidad engañosa. Editorial Astrea. Año 2021. pág. 279.

⁵ WEINGARTEN, Celia. La confianza en el sistema jurídico. Contratos y derechos de daños. Ediciones Jurídicas Cuyo. Año 2002. Pág. 125.

La actividad de “los influencers” en redes sociales integra la cadena de comercialización de bienes y servicios y tienen responsabilidad objetiva y solidaria.

Atento que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación, conforme art. 828 del CCCN; proponemos que “los influencers” se incluyan expresamente en el artículo 40 de la Ley 24.240.

5. “LEGE FERENDA”

Proponemos una reforma legislativa del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 que incorpore a los influencers expresamente con responsabilidad objetiva y solidaria.

Propuesta reforma texto legislativo:

Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta de vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el influencer, 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. Sólo se liberará, total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA FRENTE A LOS CONSUMIDORES

Por Sandra Frustagli¹ y Julieta Trivisonno²

I. CONCLUSIONES

1. Los modelos de negocios de las plataformas digitales en línea implican una fuerte despersonalización de los vínculos jurídicos entre proveedor y consumidor, la desmaterialización del negocio y la desterritorialización de la celebración, circunstancias que profundizan la vulnerabilidad estructural propia de la categoría de consumidor al generar nuevas formas de asimetrías fácticas y jurídicas resultantes de la actuación en un mercado diseñado y controlado por la plataforma y automatizado por el uso de algoritmos, todo lo que se traduce en mayores riesgos para aquel dentro del entorno digital. Dichos factores deben contemplarse en la construcción de respuestas jurídicas relativas a la prevención y reparación de daños al consumidor, y justifican la ampliación de los deberes de diligencia de los operadores de plataformas en línea.

2. El complejo entramado tecnológico y la red de relaciones contractuales que sustentan el funcionamiento de las plataformas digitales las convierte en sistemas expertos fiables; por ende, el principio de confianza –de profunda raigambre en el sistema protectorio del consumidor para tutelar sus legítimas y objetivas expectativas(arts. 7, 8, 40 Ley 24.240, arts. 1103 y 1067 CCCN) –, constituye en el Derecho nacional una de las principales directrices a los fines de resolver conflictos relativos a la imputación de responsabilidad de las plataformas en línea frente a los consumidores.

3. La responsabilidad civil de las plataformas de servicios de intermediación en línea frente a los consumidores requiere que en forma preliminar se identifiquen las diversas situaciones fácticas que resultan de

¹ Profesora Asociada de Derecho de los Contratos Cát. “A” y de Derecho del Consumidor Cát. “A” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Profesora Extraordinaria Visitante en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis.

² Profesora Adjunta de Derecho de los Contratos Cát. “A” y de Derecho del Consumidor Cát. “A” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

los distintos modelos de negocios, de sus modos de participación o actuación en la operación económica implicada y del papel que desempeñan como proveedoras de servicios de acceso al mercado digital. Debe entonces distinguirse entre: a) la responsabilidad civil de las plataformas en línea por incumplimientos de sus propias obligaciones legales como proveedoras, b) la responsabilidad civil de las plataformas en línea frente a los consumidores en caso de incumplimientos del proveedor del bien o servicio, y c) la responsabilidad civil de las plataformas por los contenidos ilícitos alojados por los proveedores usuarios de sus servicios.

4. La responsabilidad de las plataformas en línea por el incumplimiento de sus propias obligaciones puede derivarse de una infracción al deber de informar, al deber de seguridad y al deber de proporcionar al consumidor trato digno y no discriminatorio. En ese marco:

a. El deber de informar comprende la comunicación en forma clara, destacada, accesible y completa a los consumidores del real y efectivo rol de la plataforma en la operación económica.

b. La información se extiende también a advertir a los consumidores cuando se haya tomado conocimiento de la ilicitud o peligrosidad de bienes o servicios comercializados por terceros a través de la plataforma digital.

c. La obligación de seguridad debe ser interpretada de manera extensiva, en modo tal de resguardar no solo la salud e integridad física del consumidor sino también sus intereses económicos (por ejemplo, frente a hackeos, *phishing*, filtraciones de datos relativos a medios de pago, etc.) y la privacidad de los datos personales.

d. La obligación de seguridad también comprende para las plataformas el deber de asegurar la trazabilidad de los proveedores.

e. En atención al deber de brindar trato digno y no discriminatorio las plataformas deben adoptar mecanismos que habiliten al consumidor a conocer los parámetros utilizados para el direccionamiento publicitario a fin de que puedan modificarlos; a conocer los sistemas de recomendación de información, y a poner a su disposición mecanismos que le permitan oponerse a recibir publicidad directa.

5. La responsabilidad de las plataformas en línea frente a los consumidores en caso de incumplimiento del proveedor se ve atravesada por el tipo de actuación que despliegan. De conformidad con esto:

a. El rol meramente pasivo o neutro podrá quedar desvirtuado si la calidad de intermediario no hubiese sido comunicada al consumidor en forma adecuada y transparente, o bien si los comportamientos del operador de la plataforma hubiesen creado un contexto fáctico que genere confianza en el consumidor de que la plataforma participa de la operación económica.

b. La plataforma puede desempeñar un “rol activo” cuando a través de su conducta asuma algún modo de intervención en la operación, v.gr., cuando preste una asistencia consistente en optimizar la prestación de las ofertas de venta o realice actividades dirigidas a promoverlas. También podrá atribuirse responsabilidad a las plataformas por el incumplimiento del proveedor si el consumidor puede confiar razonablemente en que el operador de la plataforma tiene una “influencia predominante” sobre el proveedor. Tal confianza razonable puede derivar de distintas circunstancias, entre ellas, que el contrato se concluya exclusivamente a través de los medios proporcionados por la plataforma, que el operador utilice exclusivamente sistemas de pago que le permiten retener los pagos realizados por el cliente al proveedor, que el operador de la plataforma establezca el precio a pagar por el consumidor.

6. En cuanto a la responsabilidad de las plataformas por los contenidos ilícitos alojados por los proveedores usuarios de sus servicios, se afirma la regla de la ausencia de una obligación de vigilancia y monitoreo permanente respecto al contenido publicado por terceros. No obstante, pueden inferirse del art. 1710 del Código Civil y Comercial algunos deberes de diligencia debida por las plataformas de comercio electrónico -dentro de marcos de razonabilidad que van fluctuando con la dinámica de los avances tecnológicos- y cuyo incumplimiento podría hacer ceder la exención de responsabilidad. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando la plataforma tenga conocimiento de la ilicitud de la información o cuando por su rol activo ejerce control sobre la información proporcionada por el usuario de su servicio de intermediación (vgr., si puede editarla).

II. FUNDAMENTOS

Las autoras remiten:

a. La Dra. Sandra Frustagli a su trabajo titulado “Una aproximación a la responsabilidad civil de las plataformas en línea frente a los consumidores”, en prensa.

b. La Dra. Julieta Trivisonno a su trabajo titulado “Pautas para dirimir la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico”, en prensa.

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Por Mario César Gianfelici¹ y Florencia Romina Gianfelici²

I. CONCLUSIONES

1. Calificación. La contratación electrónica constituye una actividad riesgosa por los medios empleados.

2. Legitimación Pasiva. Resultan responsables quien promueve su utilización, se sirve u obtiene un provecho de ella por sí o por terceros (art. 1757 y sgte. CCCN). No califica como sujeto pasivo quien simplemente obtiene un provecho, como el consumidor, por estar disociado a la creación del riesgo.

3. Traslado de los riesgos al consumidor. La cláusula de traslación al consumidor de los riesgos derivados del empleo del medio electrónico constituye una cláusula abusiva, debiéndosela tener por no escrita, en los términos de los arts. 988, inc. b; art. 1122, inc. b, CCCN, en cuanto implicaría limitar la responsabilidad del proveedor por daños (art. 37, inc. a, Ley 24.240).

4. Factor de atribución. La responsabilidad de los legitimados pasivos es objetiva.

5. Eximentes. Culpa de la víctima. Para eximirse de responsabilidad deben acreditar la causa ajena, esto es el caso de fuerza mayor y el hecho de un tercero que lo constituya. La culpa de la víctima debe ser interpretada con criterio restrictivo en beneficio de esta. Por lo que debe entenderse que solo se configura cuando es grave o constituye dolo.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS-UNL). Profesor titular ordinario por concurso en Derecho de las Obligaciones y Profesor titular ordinario por concurso en Derecho de los Contratos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

² Abogada. Especialista en Derecho de Daños (FCJS-UNL). Especialista en Derecho Informático (UBA). Especialista en Derecho de la Empresa (FCJS-UNL). Profesora ayudante de cátedra. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

II. FUNDAMENTOS

El comercio electrónico ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos tiempos. Los entornos digitales han suscitado la confianza y la preferencia de los consumidores al punto tal que, como se ha observado³, las apps y/o sitios de Marketplace y las redes sociales adquirieron mayor relevancia como fuentes de búsqueda de información, aun para aquellos consumidores y usuarios que terminan contratando de modo presencial.

Este incremento en el volumen de operaciones concertadas a través del entorno digital consolidó una tendencia que se viene gestando desde antaño. Por lo tanto, lo novedoso no es el medio empleado sino la velocidad con que se posicionó como el modo de contratación por excelencia.

Sin perjuicio de ello, la tecnología profundizó la vulnerabilidad de los consumidores inexpertos, los que, lejos de aprovechar las ventajas que ofrece Internet, resultan perjudicados si no saben utilizarlo o lo hacen deficientemente. En este contexto, el deber de información se intensifica, no solo por lo extraño y dificultoso del medio empleado, sino por el hecho de que la decisión de compra se realiza en función de los datos suministrados por el proveedor, al no tener el consumidor contacto directo con el producto.

Al respecto, urge indagar cuál es la responsabilidad de los titulares y prestadores de las plataformas digitales, que proporcionan el espacio de intermediación donde se concretan dichas operaciones, frente a eventuales daños sufridos por los consumidores electrónicos.

Si bien en nuestro derecho interno no existen normas específicas que regulen tal supuesto de responsabilidad, el art. 1107, CCCN, por una parte, viene a calificar, indirectamente, a la contratación de consumo a través de "técnicas de comunicación electrónica o similares", como una actividad riesgosa por los medios empleados⁴. Por la otra, deja entrever la

³ GIANFELICI, Mario César y GIANFELICI, Florencia Romina, "Plataformas digitales: responsabilidad civil frente a los usuarios en la jurisprudencia, doctrina y legislación argentina" en *Transformaciones del derecho privado ante las Nuevas Tecnologías, Edición Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Ediciones UNL, Santa Fe, 2021, N°8, p.95 y ss.

⁴ Ya las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, Agosto 1987), recomendaron por minoría: "*La provisión de bienes y servicios informáticos constituye una actividad riesgosa. Tiene su fundamento normativo en el actual 1113, 2da. parte del*

posibilidad de convenir que los riesgos inherentes a ella se trasladen al consumidor. Así, los eventuales daños que éste sufra, no podría reclamarlos al proveedor, contrariando los principios generales del sistema protectorio.

Resulta claro que las consecuencias del empleo de un medio de contratación riesgoso, deben estar naturalmente a cargo de quien toma la iniciativa de su empleo, en este caso el proveedor. Si el proveedor, por ejemplo una entidad bancaria, estimula a sus clientes contratar por esta vía, lo que incrementa sin duda sus beneficios, nada más injusto que pretender hacer soportar los riesgos y peligros de su utilización al consumidor⁵.

Por ello, interpretamos que una cláusula de traslación de tales riesgos constituiría una cláusula abusiva, debiéndosela tener por no escrita (art. 988, inc. b; art. 1122, inc. b, CCCN), desde que limitaría la responsabilidad del proveedor por daños (art. 37, inc. a, Ley 24.240).

Luego, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1757 CCCN, configura un supuesto de responsabilidad objetiva que recae sobre quien promueve su utilización y obtiene un provecho de ella, al igual que sobre el proveedor del bien o servicio comercializado por cuanto se sirve de ella y también obtiene un provecho.

Dentro de la situación en la que se encuentran quienes obtienen un provecho de la actividad, merece especial atención la posición del consumidor. Consideramos que nunca se lo podría tener como responsable del servicio riesgoso o peligroso, en cuanto es un sujeto estatutariamente protegido.

apart. 2° del Código Civil". Más recientemente, la Comisión N° 3 de las "XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (Santa Fe, 2019), admitió el carácter riesgosas de tal actividad contractual al declarar: "*Enumeración Ejemplificativa de actividades riesgosas: 5- Puede incluirse en el elenco de actividades riesgosas, entre otras: la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y sistemas operados por inteligencia artificial (Unanimidad)*".

⁵GIANFELICI, Florencia Romina, "*Sistema de Banca por Internet, Su regulación normativa en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*" en VI Congreso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática (CIIDDI), Santa Fe, 2016. Disponible en <https://fdocumento.com/document/sistema-de-banca-por-internet-fich-cuenta-con-un-alto-nivel-de-frecuencia.html?page=1>

El CCCN, eje del sistema del Derecho privado, en su art. 1, manda resolver los casos "*según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos*".

Al respecto debe tenerse presente que el art. 42 de la Constitución Nacional, prescribe que "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección... (entre otros), de sus intereses económicos...*". En efecto, el derecho a la protección de sus intereses económicos, es uno de los derechos sustanciales (constitucionales) de los consumidores y usuarios, que consagra expresamente la norma constitucional precitada.

Ese derecho, presenta diversas facetas, entre las que se citan el derecho a la calidad de los productos y servicios; a la justicia contractual, y a la reparación de los daños sufridos⁶. Sin embargo, entendemos que tal enumeración no es exhaustiva, sino que puede albergar otros derechos, cuyo reconocimiento se torne necesario en función del dinamismo de las relaciones económicas y sociales. Tal el derecho a que se irresponsabilice al consumidor de los eventuales daños que se causen a terceros, derivados del riesgo de la actividad en que consista el servicio que ha contratado.

De ahí que no se estaría protegiendo dichos intereses del consumidor, si se lo hiciera responsable de los servicios que deriven de una actividad riesgosa o peligrosa, con el argumento de que es quien obtiene un "provecho". Una interpretación tal conculcaría claramente la manda constitucional de referencia. Por ello, un adecuado diálogo de fuentes conduce a excluirlos de dicha responsabilidad. Es que, como se lo ha expresado⁷, el consumidor merece ser protegido, no sólo imponiendo responsabilidades al proveedor, sino también bregando por su irresponsabilidad en situaciones como la apuntada

En este orden, las ligerezas en que pueda incurrir el consumidor deben ser suplidas por una mayor diligencia del proveedor o bien ser asumidas por él como eventos fortuitos a su cargo ya que serían propios de la actividad lucrativa que despliega (conf. artículo 1733 inc. e, CCCN).

Estimamos que la responsabilidad de los legitimados pasivos debe ser juzgada mediante un parámetro objetivo. Luego, estos, para liberarse

⁶ SITIGLITZ, Gabriel, en SITIGLITZ; HERNÁNDEZ, Carlos (Dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Bs.As., 2015, tomo I, p. 372 y ss.

⁷ GIANFELICI, Mario César; ALDERETE, Walter César, "Situación jurídica del consumidor frente a la Ley 22.250", su ponencia en el "XX Congreso Argentino de Derecho del Consumidor", Facultad de Cs. Js. y Ss., UNL, Santa Fe, 2019, Comisión n° 1 "Sistema de Protección del Consumidor".

deberán acreditar la fractura de la relación de causalidad externa (artículo 1722 CCCN).

Si bien no puede desconocerse la relevancia del hecho de la víctima, este debe ser apreciado conforme a los cánones del derecho del consumidor, esto es, la interpretación sobre su existencia debe ser restrictiva y solo procede frente a la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado.

La vulnerabilidad del consumidor debe presumirse y será, en todo caso, el proveedor quien deba demostrar un perfil del consumidor contrario en el caso concreto. En tal orden, es absurdo atribuir «propia torpeza» a quien simplemente se confió en la seguridad que cierta plataforma de comercialización le inspiraba.

En cambio, sí podría eximirse demostrando el hecho de un tercero por quien no debe responder, en la medida en que constituya un caso de fuerza mayor a tenor de lo prescripto por el artículo 1730, CCCN.

No son eximentes la prueba de haberse adoptado las correspondientes medidas de precaución ("técnicas de prevención"), esto es la falta de culpa, lo que claramente se explica atento el carácter objetivo de la responsabilidad, entre ellos no alcanza como eximente la información brindada al consumidor acerca del correcto uso de la plataforma. Por ello bien se dicho que la causa desconocida no exime. Tampoco la autorización para realizar la actividad, la cual sólo permite realizarla más no justifica el daño⁸.

La organización de un sistema digital de comercialización conlleva beneficios económicos, pero también riesgos, lo cual es un todo indivisible. Las plataformas digitales no pueden pretender disfrutar de los primeros y soslayar los últimos.

⁸PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, Tratado de Responsabilidad Civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, tomo II, p. 322.

EL MENSAJE PUBLICITARIO DE LOS INFLUENCERS Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Por Andrea Imbrogno¹ y Ezequiel Valicenti²

I. CONCLUSIONES

1. La actividad desarrollada por influencers en medios digitales constituye un supuesto de publicidad cuando se trata de un mensaje publicitario destinado a promocionar bienes y servicios, explícita o implícitamente, a cambio de una remuneración, en dinero o en otra especie.

2. La publicidad mediante influencers obliga directamente al anunciante o proveedor principal, quien responderá por las afirmaciones que aquel realice, en particular respecto a la integración publicitaria de la oferta (art. 1103, CCCN; art. 8, LDC), al cumplimiento contractual de lo prometido (art. 10 bis, LDC), y a la garantía por la identidad entre lo ofrecido y el bien entregado (art. 11, LDC) o el servicio prestado (art. 19, LDC).

3. Los contenidos publicitarios del influencer que no advierten explícitamente tal circunstancia pueden ser considerados supuestos de publicidad encubierta o subliminal, y por lo tanto constituir una práctica prohibida según una interpretación sistémica de los arts. 1099 y 1101 del CCCN, el art. 11 del DNU 274/2019 y el art. 81 inc. f) de la ley 26.522 sobre servicios de comunicación audiovisuales.

4. Hasta tanto se sancione normativa específica, es posible sostener la existencia de un “deber de advertencia” sobre el carácter publicitario o pago del contenido publicado por influencers, puesto que su omisión implicaría la configuración de una práctica comercial abusiva por constituir una publicidad encubierta o subliminal (arg. arts. 1099 y

¹ Profesora Titular del Departamento de Derecho Privado en las asignaturas Derechos Reales y Derechos del Consumidor y del Usuario de la Facultad de Derecho de UniCen.

² Profesor adjunto del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con funciones docentes en las asignaturas Instituciones de Derecho Privado, Derecho de los Contratos, y Derecho del Usuario y del Consumidor.

1101 del CCCN, art. 11 del DNU 274/2019, y art. 81 inc. f) de la ley 26.522).

5. La regulación de la actividad publicitaria desplegada por los influencer debe integrarse además con otras normas especiales que establecen supuestos especiales de publicidad prohibida (vgr., art. art. 10 de la ley 27.642; art. 5, ley 26.687; art. 6 de la ley 24788; etc.).

6. El influencer no es un proveedor que integra la cadena de comercialización (conf. art. 40 LDC), salvo que sea titular de una marca integrada al producto.

7. La responsabilidad civil del influencer por el contenido del mensaje publicitario es, por regla general, subjetiva y en la medida que se pruebe su culpa o dolo y se verifiquen el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil (arts. 1721, 1724 y 1725, CCCN). Por excepción, la responsabilidad será objetiva cuando haya generado una especial confianza en el consumidor, considerando las circunstancias del caso (arg. arts. 1067 y 1725, CCCN), o promoció actividades manifiestamente ilícitas o conductas ostensiblemente riesgosas o peligrosas para el consumidor (arg. arts. 1101, inc c); 1757, CCCN).

II. FUNDAMENTOS

1. EL MENSAJE PUBLICITARIO DE LOS INFLUENCERS

a) *El concepto de influencer*

Los avances tecnológicos, internet y el marketing digital modificaron la manera en que las empresas se comunican para atraer a los clientes potenciales. En los últimos años y de la mano de la masificación de las redes sociales hemos observado cambios en las formas de desarrollar los mensajes publicitarios a partir del surgimiento de modalidades más adecuadas al formato. En ese contexto, ha cobrado cada vez más visibilidad e importancia el papel de denominados “influencers”.

En una primera aproximación, podemos decir que los influencers son personas que poseen la capacidad de influir de alguna manera en el comportamiento de sus seguidores (*followers*). Si bien el concepto de influencer parece bastante nuevo, el recurso a la publicidad mediante personalidades con capacidad de influir, es en realidad un fenómeno del siglo XX. Recordemos por ejemplo a Marilyn Monroe, quien la simple

referencia en un reportaje al perfume Chanel N° 5, lo convirtió en icono y símbolo de sensualidad de la época.

Martinez Medrano los caracteriza como las personas que incursionan en las redes sociales de manera activa, cuyo primer objetivo es darse a conocer y generar una red de seguidores. A partir de su fama o reconocimiento, descubren la posibilidad de monetizar las redes sociales y adquirir una nueva fuente de ganancias económicas³.

Es decir, los influencers son personas que a partir de tener un número determinado de seguidores, adquieren cierta notoriedad que les permite “monetizar” la actividad en las redes sociales, mediante la publicación de contenidos por los que reciben una retribución, en dinero o mediante productos u otros beneficios.

Para advertir el poder de influenciar con el que cuentan estas personas, podemos citar los casos nacionales de marcas como Adidas, que con 245 influencers, generó un alcance total de 9,3 millones de personas. A un número parecido llegó Puma Argentina, que alcanza a 9,94 millones de personas. L'Oreal Argentina, con 205 influencers llegó a un total de 2,51 millones de personas, mientras que Mac Cosmetics Argentina con 114 alcanzó a 1,05 millones de personas⁴. Sin duda, estamos en presencia de una nueva actividad económica que puede generar grandes ingresos.

Una característica propia de esta actividad es la conducta del *endorsement*. O sea, “*el influencer se presenta ante sus seguidores como un consumidor más del producto anunciado y pone en evidencia las cualidades o bondades del mismo*”⁵. En otros términos, “*el hecho de vincular un*

³ Martinez Medrano, Gabriel, “La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina”, en *Revista Deonomi*, Año III, N°4, agosto, 2020, p. 45.

⁴ Conf. <https://www.cronista.com/infotechnology/actualidad/las-10-marcas-que-mas-utilizan-influencers-para-promocionar-sus-productos-cuanto-pagan-por-minuto-y-cual-es-el-alcance-que-logran/>, visitado el 12/07/2024

⁵ Martinez Medrano, Gabriel, “La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina”, en *Revista Deonomi*, Año III, N°4, agosto, 2020, p. 45

producto a un sujeto reconocido lo que se busca es trasladar al bien los atributos que la persona posee para el imaginario colectivo”⁶.

Este mecanismo de difusión posee la capacidad de llegar a audiencias específicas de una forma que las marcas, con una comunicación tradicional, no pueden acceder. Lo distintivo del influencer es la relación de confianza que establece con sus seguidores, lo que hace que sus recomendaciones sean altamente valoradas.

En el, hasta ahora, único proyecto de ley sobre la actividad de los influencers debatido en nuestro país (Proyecto de ley del Senado de la Nación, expte. 1358/2020), se proponía definir a los influenciadores o influencers como *“todas las personas que, poseen un número importante de seguidores o suscriptores y son sujetos verificados por la red social, y a través de su cuenta utilizan su alto grado de exposición, su imagen reconocida en las redes sociales y su capacidad de convencimiento para promocionar un determinado objeto, producto o servicio con el objeto de influir en las decisiones de consumo de sus seguidores y de este modo obtener algún rédito económico en su beneficio”*.

También la reciente ley francesa destinada a regular la actividad de los influencers en las redes sociales (ley 2023-451 del 9 de junio de 2023) incorpora una definición normativa y define a los influencers como *“Las personas naturales o jurídicas que, a cambio de una remuneración, apelen a su notoriedad entre su audiencia para comunicar al público, por medios electrónicos, contenidos destinados a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o por cualquier causa realicen actividad de influencia comercial por medios electrónicos”* (art. 1)⁷.

En definitiva, podemos definir al influencer como la persona que tiene el poder de afectar o influir sobre las decisiones de los consumidores en virtud de la autoridad, conocimiento, posición o relacionamiento, real o atribuido por sus seguidores.

b) ¿Cuándo se califica como publicidad un contenido publicado por el influencer? ubtítulo

⁶ Ondarcuhu, Jose I., *Publicidad engañosa*, Astrea, Bs. As., 2021, p. 277, con cita a Álvarez Larrondo.

⁷ La traducción es propia.

A los efectos de analizar la protección del consumidor frente a la actividad de los influencers, resulta necesario establecer en qué casos nos encontramos frente a un mensaje publicitario. Es decir, considerando que este tipo de personas desarrollan una constante generación de contenidos en las redes sociales, resulta pertinente delimitar los casos en los que -de acuerdo a la legislación vigente- se configura una publicidad que, como veremos, obligará al anunciante.

Comencemos recordando que, según la Ley de servicios de comunicación audiovisual, se considere publicidad a *“toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”* (art. 4, ley 26.522). El mismo cuerpo normativo incluye una definición de “publicidad no tradicional”, considerando por tal a *“toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”* (art. 4, cit.).

Entendemos, como otros autores, que la actividad de los influencers puede constituir un caso de publicidad no tradicional en esos términos⁸. Es decir, el influencer publica contenidos en los que de manera más o menos explícita se refiere a un determinado producto, generando directa o indirectamente una cierta recomendación a los usuarios.

Uno de los elementos distintivos de la definición es la contraprestación -que puede constituir una remuneración en dinero o en otra especie-. Es decir, la actividad del influencer debe ser onerosa.

El otro elemento a considerar, para que afirmar que nos encontramos frente a un mensaje publicitario, es el “control editorial” o control sobre el

⁸ Marhaba, Débora y Barocelli, Sergio S., “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, en *La Ley* 13/07/2020, p. 10, cita online: AR/DOC/1926/2020.

contenido del mensaje por parte del anunciante⁹. Esto implica que el influencer produce un contenido cuyo mensaje está destinado a promocionar un producto o servicio a solicitud del anunciante, mediante diferentes modalidades más o menos habituales como el “unboxing”, los sorteos, o la publicación de fotos o vídeos¹⁰.

En síntesis, debemos encontrarnos ante un mensaje publicitario (una promoción de ciertos bienes o servicios), que es realizado a indicación del anunciante y a cambio de una contraprestación, en dinero o mediante otras especies. Este mensaje publicitario emitido por el influencer debe analizarse con las reglas que fija el microsistema de derecho del consumidor para la publicidad y sus efectos sobre la relación de consumo.

2. EL MENSAJE PUBLICITARIO DEL INFLUENCER Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

c) El anunciante queda obligado por el influencer

Una de las primeras consecuencias de considerar como publicidad a ciertos contenidos publicados por influencers es hacer responsable al anunciante, lo que abarca los efectos vinculantes de las presiones publicitarias (art. 1103, CCCN; art. 8, LDC), al cumplimiento contractual de lo prometido (art. 10 bis, LDC), y a la garantía por la identidad entre lo ofrecido y el bien entregado (art. 11, LDC) o el servicio prestado (art. 19, LDC).

d) La forma del mensaje: el influencer y la publicidad encubierta o subliminal

Como vimos, la particularidad del mensaje publicitario de los influencer es que muchas veces no se muestra como tal. Es decir, valiéndose del capital simbólico construido a partir de los seguidores, los influencers normalmente ocultan el carácter publicitario de un contenido, y lo muestran como una actividad de su vida cotidiana o profesional, ocultando el vínculo

⁹ Nazar Anchorena, Marcos F. L., “La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley”, en *La Ley* 16/09/2020, p. 1, cita on line: AR/DOC/2675/2020.

¹⁰ El art. 5 del Proyecto de Ley del Senado (Expte. 1358/2020), identifica las “prácticas de comunicación” que se consideran publicidad digital realizada por el influencer.

con el anunciante. Es decir, el influencer se vale de la confianza generada en el consumidor.

Cabe entonces preguntarse por la licitud de la práctica. Para ello, recordemos que confluyen aquí los supuestos de publicidad prohibida del microsistema del consumidor (arts. 1101, CCCN) y la publicidad engañosa según el régimen de defensa de la competencia (arts. 11 y 14, DNU 274/2019).

Entendemos que cuándo el influencer no advierte adecuadamente que se trata de un mensaje publicitario, podría estar incurriendo en un caso de publicidad encubierta o subliminal. A decir de la doctrina, la publicidad subliminal atenta contra el principio de “la identidad del mensaje publicitario”, y por ende afecta la libertad del consumidor¹¹. Al hacer irreconocible el mensaje publicitario vulnera además el principio de transparencia¹². Según la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, la publicidad subliminal es la que “posee aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto” (art. 81, f), ley 26.522).

Si bien el supuesto de publicidad encubierta o subliminal no se encuentra expresamente contemplado, hace ya muchos años Kemelmajer de Carlucci señaló que se trataba de un supuesto de publicidad engañosa¹³. Recordemos que la publicidad engañosa es aquella que, a partir de precisiones inexactas o falsas, o mediante ocultamientos, provoca un error sobre las características del bien o servicio o sobre las condiciones de contratación (conf. art. 1101, inc. a), CCCN; art. 11, DNU 274/2019). Para otros, la publicidad encubierta es ilícita, no tanto porque sea engañosa o abusiva, sino porque “*impide al receptor identificar el mensaje publicitario como tal, otorgándole así una credibilidad que de otra manera no*

¹¹ Ariza, Ariel, en Nicolau, Noemí L, *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del Contrato*, La Ley, 2009, T. I, p. 478.

¹² Nicolau, Noemí L., “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo”, en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, T. I p. 538.

¹³ Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994-5, p.88.

tendría”¹⁴. En el ámbito europeo, la publicidad encubierta podría constituir un supuesto de “omisión engañosa”, esto es, la que “*en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omite información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado*” (art. 7, Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores). Entre nosotros, algunos autores han afirmado que, en el caso particular de los influencers, se trata de un supuesto de publicidad abusiva¹⁵.

Mas allá de los debates conceptuales, lo cierto es que este tipo de publicidad constituye, sin dudas una práctica abusiva en los términos del art. 1099 del CCCN puesto constituyen una limitación a la libertad del consumidor quien, sin saberlo y sin poder reconocerlo, es receptor de un mensaje que posee fines persuasivos¹⁶.

Ante este fenómeno, suele pregonarse la necesidad de generar mecanismos que permitan a los consumidores conocer la relación entre el influencer y la marca de los productos o servicios que promociona. Así lo proponía el Proyecto de ley del Senado ya mencionado (expte. 1358/2020), en cuyo art. 7 se fijaba el deber de incluir la leyenda “#PublicacionPaga” y mencionar al anunciante o beneficiario de la publicidad. El mismo deber se incluye en la reciente ley francesa 2023-451, cuyo art. 5 obliga a incorporar la palabra “publicidad” o “colaboración comercial”, bajo pena de considerar a tal contenido una práctica comercial engañosa.

Entendemos que aún cuándo no exista una obligación expresa en el derecho vigente, lo cierto es que tal deber de advertencia surge de las normas

¹⁴ Nazar Anchorena, Marcos F. L., “La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley”, en *La Ley* 16/09/2020, p. 1, cita on line: AR/DOC/2675/2020.

¹⁵ Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor Comentado*, 2da ed, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2019, T. I, p.453.

¹⁶ Frustagli y Hernández afirman que la publicidad engañosa es también un supuesto de práctica comercial abusiva (Frustagli, Sandra A. y Hernández, Carlos A. “Prácticas comerciales abusivas”, en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, T. I p. 623).

generales que regulan las prácticas comerciales y, particularmente, la publicidad. Es decir, si el influencer no advierte que está frente a un “contenido pago” por el anunciante, podrá verificarse un supuesto de publicidad encubierta o subliminal y por lo tanto, como vimos, una práctica abusiva. Lógicamente, es deseable que en un futuro se regule expresamente el contorno de este deber.

e) El contenido del mensaje: el influencer, las afirmaciones falsas y la inducción al comportamiento peligroso. A propósito de las apuestas online y las estafas piramidales.

Más allá de las cuestiones relativas a cómo se publica el contenido - esto es, si se trata o no de un anuncio subliminal-, también cabe analizar el contenido del mensaje, esto es, las afirmaciones (e incluso, las omisiones) del influencer.

En este caso, si la publicidad contienen precisiones u omisiones que pueden provocar un error en el consumidor respecto, esencialmente, al objeto del contrato, estaremos frente a un caso de publicidad engañosa (art. 1011, inc. a); art. 11, DNU 274/2019)¹⁷. Ello incluye además el supuesto en que el error en el consumidor es causado por la comparación de bienes o servicios (art. 1011, inc. b); art. 15, inc a) DNU 274/2019).

La actividad publicitaria de los influencers también podría constituir también un supuesto de publicidad abusiva, según los contornos del art. 1101 inc c), cuando induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Esta hipótesis la recuperamos a propósito de un flagelo actual: la incesante promoción de sitios de apuestas online, especialmente entre los niños, niñas y adolescentes¹⁸. Además, podría considerarse una inducción a realizar conductas peligrosas las

¹⁷ Frustagli, Sandra en Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A. (Dir.) – Frustagli, Sandra A. (Coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Bs. As., 2016, p.463.

¹⁸ Vaninetti, Hugo Alfredo, “Ciberludopatía en adolescentes. Necesidad de un programa nacional de prevención y concientización”, en *El Derecho*, Tomo 306, Diario del 24-04-2024, Cita on line: IJ-V-DXXXVI-260.

campañas emprendidas para captar ahorros a una alta tasa de interés que, a la postre, terminan siendo estafas¹⁹.

f) Diálogo de fuentes y supuestos de publicidad prohibida para influencers.

Además de los supuestos generales de publicidades prohibidas contenidos en el microsistema de consumidor y en el de defensa de la competencia, la actividad publicitaria desarrollada por influencer se encuentra alcanzada por otros supuestos especiales contenidos en leyes particulares, como por ejemplo, la prohibición contenida en el art. 10 de la ley 27.642 sobre Promoción de la alimentación saludable (“ley de etiquetado frontal”) respecto a la promoción dirigida a niños, niñas y adolescentes; los límites impuestos a publicidad de medicamentos de venta libre, los suplementos dietarios y la tecnología médica (arts. 3, 4 y 5 de la Disposición 3186/99 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica); la prohibición de publicidad de productos elaborados con tabaco (art. 5, ley 26.687); la prohibición de la publicidad que incentiva el consumo de bebidas alcohólicas y exceda los límites del art. 6 de la ley 24788; la publicidad de productos y servicios financieros y bancarios (art. 1385, CCCN); etc.

3. ¿RESPONDE EL INFLUENCER POR EL CONTENIDO DEL MENSAJE PUBLICITARIO?

a) El influencer y la cadena de comercialización

Al analizar la responsabilidad del influencer, algunos autores han indicado que, cuando se trata de una publicidad en contravención con el ordenamiento, se estará ante un supuesto de aplicación del art. 40 de la LDC y por lo tanto se “*determinará la responsabilidad de todos los intervinientes, incluido el famoso que lo protagoniza*”²⁰. Es decir, se considera al influencer como un eslabon (“fundamental”) en la cadena de comercialización por lo

¹⁹ Krieger, Walter F., “Cuestiones de la publicidad no tradicional: influencers, “publinotas” y responsabilidad”, en *El Derecho*, Tomo 296, Diario del 03-05-2022, Cita online: IJ-II-CMI-710.

²⁰ García Austt, Diego y Rodríguez, Gonzalo M., “Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso ‘Nu Skin’”, en *La Ley* 13/07/2020, p. 4, cita online: AR/DOC/1930/2020.

que, frente a la configuración de un daño resarcible, deberá responder objetivamente²¹.

No compartimos tal postura pues creemos que no se trata de un “proveedor aparente” según el art. 40 de la LDC, puesto que, aún cuando la fama relativa en el medio (la red social) es lo que le da importancia a su mensaje, lo cierto es que no se trata de una “marca” que es colocada en el producto o servicio. Diferente será el supuesto en que efectivamente el influencer o famoso sea propietario de una marca y la vincule al producto (ej. las bebidas promocionadas por “Dr. Cormillot”). Pero, más allá de esos casos puntuales, no puede concluirse que el solo hecho de emitir un mensaje publicitario -aún cuando se haga sin advertir que se trata de un contenido pagado por el anunciante- convierta al influencer en un intermediario de la cadena de comercialización.

b) La responsabilidad subjetiva por publicidad ilícita

Descartado el carácter de integrante de la cadena de comercialización, cabe analizar el supuesto de responsabilidad frente a una publicidad engañosa, en cualquiera de las hipótesis del art. 1101 del CCCN.

Sobre la cuestión, algunos autores postulan la existencia de responsabilidad objetiva. Se afirma que “*el fundamento de la responsabilidad civil del famoso o de la celebridad en la difusión de una publicidad ilícita engañosa encuentra sustento en la “confianza desplegada”, y la confianza deriva del “riesgo provecho”. De acuerdo con esto, el factor de atribución de su responsabilidad es objetivo (art. 40, ley 24.240; art. 1067, Cód. Civil y Comercial)*”²².

²¹ Con el mismo criterio de tomar al influencer como un proveedor de la cadena de comercialización, Lamber, Tamara, “La responsabilidad civil del influencer en las relaciones de consumo”, en *El Derecho*, tomo 296, diario del 18-04-2022, cita online: IJ-II-DCCCXXXVI-651;

²² Ondarcuhu, Jose I., *Publicidad engañosa*, Astrea, Bs. As., 2021, p. 279. En la misma tesitura, Álvarez Larrondo, Federico, “La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades”, en *RCyS*, 2010-11, p. 44.

Otros autores postulan que, ante la inexistencia de una norma que imponga responsabilidad objetiva, cabe entender que la responsabilidad del influencer es de base subjetiva²³.

Creemos que debe procederse distinguiendo las hipótesis. Por regla general, y habiendo excluido la posibilidad de que el influencer sea considerado un integrante la cadena de comercialización, cabe atender a un factor de atribución subjetivo. El influencer será responsable cuándo se pruebe que el daño derivó de su culpa o dolo, valorando especialmente las circunstancias de la persona (arts. 1721, 1724 y 1725, CCCN). Además, la falta de advertencia respecto al carácter publicitario del contenido puede acentuar la negligencia en la conducta. El influencer podrá entonces ser responsable cuándo se pruebe que el daño se originó debido a las afirmaciones u omisiones falsas dadas en el mensaje publicitario, según una relación de causalidad adecuada (art. 1726, CCCN).

Sostener un factor de atribución subjetivo no implica dejar desprotegido al consumidor, puesto que este siempre tendrá habilitada la acción directa contra el anunciante -que, recordemos, es sobre quién pesan los efectos de las afirmaciones vertidas por el influencer en el contenido-. Por lo demás, en la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil, el damnificado podrá recurrir a la flexibilidad de la carga probatoria (art. 1735, CCCN).

Desde otra óptica, el caso del influencer se asimila -en alguna medida- al caso de la agencia publicitaria, respecto a quien se sostiene, en general, la aplicación de responsabilidad subjetiva²⁴.

Sin embargo, por excepción, la responsabilidad será objetiva cuando:

- a) el influencer haya generado una especial confianza en el consumidor, considerando las circunstancias del caso (arg. arts. 1067 y 1725, CCCN). Así, por ejemplo, esa confianza especial podrá generarse cuando el influencer es experto en el nicho de mercado en el que se promociona un

²³ Fossaceca, Carlos A. - Sabat Martínez, José M., “Responsabilidad en torno a la figura del influencer. Palpitando las Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *El Derecho. Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, n° 17-Febrero 2024, cita online: IJ-V-CCCXLIX-707. Con matices, Krieger, Walter F., “Cuestiones de la publicidad no tradicional: influencers, "publinotas" y responsabilidad”, en *El Derecho*, Tomo 296, Diario del 03-05-2022, Cita online: IJ-II-CMI-710.

²⁴ Conf. Ondarcuhu, Jose I., *Publicidad engañosa*, Astrea, Bs. As., 2021, p. 271.

producto y no advierte adecuadamente que se trata de un contenido pago por el anunciante (vr. ello podría ocurrir cuándo un médico promociona un medicamento o un tratamiento);

- b) cuándo el mensaje publicitario encubierto del influencer comprenda actividades manifiestamente ilícitas, o promueva conductas palmariamente riesgosas o peligrosas para el consumidor (arg. art. 1101, inc c); 1757, CCCN).

Lo dicho respecto a la responsabilidad civil no implica que el influencer no pueda ser pasible de sanciones, como por ejemplo, las multas administrativas a cargo de los organismos de control, o que sea demandado en el marco de las acciones que se derivan de la publicidad ilícita (art. 1102, CCCN)²⁵.

²⁵ Sobre la posibilidad de citar al influencer a las acciones derivadas de la publicidad ilícita, ver Japaze, María Belén, “Acciones generales y especiales frente la publicidad ilícita. Regulación en el Código Civil y Comercial, la Ley de Defensa del Consumidor y los Códigos Procesales”, en *Revista de Derecho del Consumidor*, nº 16, mayo 2024, cita online: IJ-V-DCXXIV-923.

**VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO
ELECTRÓNICO. REEMPLAZO POR EL CRITERIO DE LAS
OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO EN EL ÁMBITO DE
LA RESPONSABILIDAD OBLIGACIONAL Y CONTRACTUAL**

Por Vanesa S. Jagou¹

I. CONCLUSIONES

1. La plataforma es proveedora (artículo 2 LDC y artículo 1093 CCyC). En tanto se haga una interpretación prudente de las normas de responsabilidad del derecho del consumidor (artículos 10 bis, 13 y 40 LDC) no hay obstáculo para subsumir a la plataforma dentro del concepto de proveedor respecto del servicio que esta provee.

2. Vigencia del principio de neutralidad en materia de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico. Reemplazo por el criterio de las obligaciones de medios y de resultado en el ámbito de la responsabilidad obligacional o contractual.

La jurisprudencia de nuestro país mantiene el criterio de exención de responsabilidad de la plataforma cuando no ha desempeñado un papel activo.

Sin embargo, el “rol activo” de las plataformas es cada vez mayor, lo cual mengua las posibilidades de aplicación del mencionado principio.

Por lo tanto, el eje de la discusión para determinar la responsabilidad de la plataforma en el ámbito obligacional o contractual ya no debería girar en torno a la aplicación del principio de neutralidad, sino en virtud del criterio clasificatorio del derecho de las obligaciones,

¹ Abogada graduada en la UBA con Diploma de Honor. Profesora Adjunta de Parte General (UBA) en la Cátedra del Dr. Santarelli. Docente por concurso en Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho del Consumidor (UBA) en la Cátedra del Dr. Picasso. Docente por concurso en Contratos Civiles y Comerciales (UBA) en la Cátedra del Dr. Leiva Fernández. Docente titular de Mercados y Regulaciones (Universidad de Palermo) Maestría en Derecho Empresario (ESEADE) Especialista en Derecho de Daños (UBA) Profesora invitada en Posgrado (UBA- UCEMA - ESEADE).

útil para determinar cómo responde el deudor frente a un incumplimiento obligacional, según estas sean de medios o de resultado.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Frente a la ausencia de regulación legal del comercio electrónico en el derecho argentino, los propósitos del presente son:

1. Elaborar un encuadre jurídico de la actividad de las plataformas de comercio electrónico que habilite la aplicación respecto de estas del ordenamiento tuitivo consumeril.

2. Proponer un criterio para determinar en qué casos las plataformas pueden responder subjetivamente frente a un incumplimiento obligacional.

Las líneas que siguen van direccionadas a tales fines.

2. RELACIÓN DE CONSUMO: LA PLATAFORMA DIGITAL ES PROVEEDORA

Una dinámica de funcionamiento posible dentro sistema de comercio electrónico es aquella en la cual el consumidor se vincula con la plataforma digital y con el proveedor de bienes o servicios; y a su vez, estos dos últimos, también se vinculan entre sí a través de diferentes tipos de contratos (modelo triangular de funcionamiento).

Partir de esta observación es importante porque para poder aplicar la normativa tuitiva consumeril en un caso, es preciso verificar, en primer lugar, la existencia de una relación de consumo (arts. 3 LDC y 1092 CCyC) que es el vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor.

Será consumidor quien adquiera un bien o servicio como destinatario final² (artículo 1 LDC y artículo 1092 CCyC)

² Es sinónimo de no profesionalidad. El "consumo final" alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo (Santarelli, Fulvio G., "Comentario al art. 1 LDC", en Vázquez Ferreyra, Roberto y Picasso, Sebastián (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 30).

Al mismo tiempo, será proveedor quien provea un bien o servicio profesionalmente³ (artículo 2 LDC y 1093 CCyC)

En la dirección apuntada, quien adquiera el bien o servicio en cuestión debe hacerlo como destinatario final para poder ser considerado consumidor⁴. Esta persona será consumidora tanto respecto del proveedor del bien o servicio en cuestión (un par de zapatillas, un paquete turístico) como respecto de la plataforma (de mínima nos referimos al servicio de intermediación tecnológica que esta provee; como así también a los demás bienes o servicios, según el caso, que esta se haya comprometido a cumplir)

Al mismo tiempo, la calidad de proveedor debe verificarse tanto respecto de la plataforma digital como respecto del sujeto que provee el bien o servicio en cuestión.

Respecto del sujeto que provee el bien o servicio en cuestión, entendemos que tal calidad se encontrará presente siempre que tal actividad se realice de modo profesional⁵.

Respecto de la plataforma, si bien este punto aún podría ser objeto de debate⁶, entendemos que, cuando esta actúa, de mínimo, como

³ En relación a la nota de profesionalidad del proveedor se ha dicho que debe mediar una vocación de oferta a una persona indeterminada, debe haber un fin de lucro directo o indirecto en el desarrollo de la actividad en el mercado, debe haber una cualidad organizacional del proveedor en tanto la realización organizada de una actividad de producción, distribución, montaje, comercialización de bienes o servicios. La profesionalidad se distingue por el valor agregado dirigido a satisfacer una necesidad de consumo, participando en la cadena de comercialización (Santarelli, Fulvio G., "Comentario al art. 1 LDC", en Vázquez Ferreyra, Roberto y Picasso, Sebastián (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 45).

⁴ No reuniría tal carácter la persona que adquiriera 15 rodados para su posterior reventa, por ejemplo.

⁵ No entraremos en el debate interpretativo sobre el término normativo "ocasionalmente" por entender que, atento el avance de la ciencia del derecho consumeril actual, este ya se encuentra cerrado, dando preminencia al término "profesionalidad" por sobre el de "ocasionalidad".

⁶ Con anterioridad a la sanción del del Proyecto de Código de Protección de las y los consumidores y usuarios de la nación que contempla un concepto de "proveedor digital", con sólidos fundamentos destacada doctrina había entendido que la plataforma no siempre reunía la calidad de proveedor (Confr. Silvestre, Norma O. - Marhaba, Débora - Olivera, Federico E. - Pagliuca, Fernando E., "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil en el contexto digital" RCyS2019-VI, 16. TR LALEY AR/DOC/896/2019; y Santarelli, Fulvio G. "La problemática de la contratación de consumo mediante plataformas", en

intermediaria⁷, reúne la calidad de proveedor en los términos que exige la normativa consumeril en tanto se trata de un sujeto que provee un servicio (o varios, según a qué se obligue) de modo profesional en el mercado⁸.

Afirmar que la plataforma es proveedora no implica predicar la aplicación automática e indiscriminada de los supuestos de responsabilidad objetiva -y menos, solidaria- que algunas normas del ordenamiento protectorio expresa y válidamente consagran en favor del consumidor.

Concretamente, en relación a las únicas dos normas que establecen la responsabilidad solidaria de la cadena de producción y comercialización, interpretamos que el artículo 13 LDC (responsabilidad solidaria en el otorgamiento de la garantía respecto de bienes muebles no consumibles) no se aplica al portal de ventas on line excepto que este sea “productor, importador, distribuidor o vendedor” de la cosa mueble en cuestión (por ejemplo, cuando se haya obligado mediante el sistema de envíos, ya que en tal caso podría ser considerado “distribuidor”) porque la interpretación de la

Revista de Derecho de Daños, vol. 2020- 3 - Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones de consumo, Rubinzal Culzoni)

⁷ El único supuesto en que no actúa como intermediaria es aquel en que la plataforma se limita simplemente a publicar un anuncio de otro proveedor a cambio de un precio funcionando de tal modo como un simple “aviso clasificado”, supuesto que en la práctica se verifica cada vez con menor frecuencia, atento la cantidad y variedad de obligaciones adicionales que las plataformas deciden asumir.

⁸ Existe normativa proyectada que regula un concepto especial de “proveedor digital” (artículo 229 del Proyecto de Código de Protección de las y los consumidores y usuarios de la nación) como su régimen de responsabilidad (ver artículos 239, 243 y 317 del mencionado proyecto, y artículo 73 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor)

Aunque respecto de la responsabilidad del titular de una plataforma de comercio electrónico on line se ha dicho que esta forma parte de una problemática más amplia —la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet- la cual debería ser objeto de una regulación orgánica más integral y que contemple, por cierto, las particularidades de cada tipología (Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico on line” TR LALEY AR/DOC/2538/2021)

Asimismo, existe normativa vigente que impone a las plataformas determinados deberes exigidos por la normativa consumeril a los proveedores en la relación de consumo, como informar el derecho de revocación que los consumidores tienen en el entorno virtual (Resolución 424/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo Secretaría de Comercio Interior sobre el “Botón de arrepentimiento”)

En suma, hay una tendencia normativa actual y proyectada que considera proveedor a la plataforma digital. Nosotros entendemos que reúne esta calidad (de proveedor) siempre que actúe, de mínima, como intermediaria; es decir, dejando afuera los supuestos en que simplemente actúa como un “aviso clasificado”.

solidaridad es de carácter restrictivo y no puede extenderse a supuestos no legislados (artículo 828 CCyC)

Del mismo modo, el artículo 40 LDC (responsabilidad objetiva y solidaria por daños causados por productos elaborados) sólo aplica en la órbita aquiliana en el supuesto de riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio.

También cabe aclarar que en el ámbito de la responsabilidad obligacional la plataforma es proveedora, y, por tanto, le es aplicable la normativa consumeril, pero respecto de las obligaciones emergentes de su propio contrato (artículos 10 bis LDC y 730 CCyC)

Esto significa que, de mínima, responde por el incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la prestación del servicio que se relacionan con el uso de la plataforma (es decir, como mínimo, es proveedora del servicio de intermediación tecnológica que ella presta) aunque también responderá por el incumplimiento de las demás obligaciones que haya asumido por fuera de las vinculadas al uso de la plataforma; y por las que, de algún modo, haya garantizado.

Asimismo, siempre responderá por la violación de los deberes que la normativa legal le impone: deber de información⁹, deber de trato digno¹⁰; con los alcances precisados por la jurisprudencia, es decir, vinculados al desarrollo de su propia actividad y no por la desplegada por otros proveedores

III. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO. REEMPLAZO POR EL CRITERIO DE LAS OBLIGACIONES

⁹ Cada proveedor sólo debe responder por su propio incumplimiento del deber de información dando la información que se relaciona con la función que cumpla ante el consumidor (CNCOM D, 17/06/2021, “Rechi Verónica Edith y o. c/ Novo Auto S.A. s/ Ordinario”)

¹⁰ Confirmación de una sanción impuesta a la plataforma por violación de trato digno (no dio respuesta satisfactoria frente a un reclamo efectuado por una consumidora en el sistema provisto por la plataforma) Confr. Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 29/12/2016, “Mercado Libre SRL c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ rec. apel. c/decisiones autoridad adm. o pers. jurídica públ. no estatal (civil)”, TR LALEY AR/JUR/97601/2016.

DE MEDIOS Y DE RESULTADO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD OBLIGACIONAL O CONTRACTUAL

En la actualidad¹¹, la jurisprudencia vernácula viene sosteniendo que: 1) la exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas se produce cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados; 2) los prestadores de servicios de mero almacenamiento —hosting— no tienen una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas; y 3) en estos supuestos la responsabilidad es subjetiva, es decir, responden civilmente por el contenido que les es ajeno cuando han tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.

Esta es la doctrina del principio de neutralidad, derivada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabilidad de los buscadores de internet¹² que, siguiendo a la Directiva 2000/31¹³ ¹⁴, sigue siendo compartida, de algún modo u otro, por los

¹¹ Excepto el famoso caso “Claps” que data del año 2012 y es de fecha anterior al precedente de la Corte Federal “R. M. B c. Google” 337:1174 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique Martin y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios” TR LALEY AR/JUR/55788/2012).

¹² CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, fallos 337:1174. Su jurisprudencia en materia de responsabilidad de los buscadores de internet es mantenida en “Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 12/09/2017, Fallos 340:1236; “C. Z., M. c. Google Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, 04/12/2018, Fallos 341:1844; “Paquez, José c. Google Inc. s/ medidas precautorias”, 03/12/2019, Fallos 342:2187; y “ Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s/derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 28/06/2022, Cita Online: AR/JUR/82807/2022.

¹³ Directiva UE 2000/31 de fecha 08 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y TJCE, “L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oreal (UK) Ltd. c. eBay International AG”, 12/07/2011.

¹⁴ Y, en similar sentido, la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones en Estados Unidos (Communications Decency Act, CDA Section 230) y United States Court of Appeals, District Court for S.D.N.Y., “Tiffany & Co. v. eBay Inc.”, nro. 10-300, July 14th, 2008.

tribunales inferiores de nuestro país en materia de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico o e-commerce.

Por aplicación del mencionado principio de neutralidad, la exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas online se produce cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha sido un “mero canal”, limitándose a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor.

Tal exención -se ha dicho- se funda en la circunstancia de que no es posible responsabilizar al operador cuando actúa como un mero intermediario, es decir, adoptando entre los destinatarios del servicio (comprador y vendedor) una posición neutral, meramente técnica, automática y pasiva, lo que impide que tenga conocimiento y control de la información almacenada¹⁵.

En el mismo sentido, se ha dicho que los prestadores de servicios de mero almacenamiento —hosting— no tienen una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, pues se está en presencia de un intermediario que se presenta como un alojador que no tiene obligaciones “proactivas”¹⁶.

No desconocemos que todavía existen debates doctrinarios en torno a la aplicación del principio de neutralidad en las operaciones de comercio electrónico vinculadas con consumidores. Pero tenemos dos observaciones al respecto.

En primer lugar, entendemos que la jurisprudencia actual de nuestro país mantiene el criterio de exención de responsabilidad de la plataforma cuando no ha desempeñado un papel activo¹⁷.

¹⁵ Sobre una descripción minuciosa del rol activo y pasivo de la plataforma puede verse Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico on line” TR LALEY AR/DOC/2538/2021.

¹⁶ Confr. doctrina del caso “Kosten” y LORENZETTI, Ricardo L., *Comercio electrónico*, Buenos Aires, 2001, ps. 278 a 293.

¹⁷ CNFed. Civ. y Com., Sala III, 21/05/2015, “Nike International Ltd c/ Compañía de Medios Digitales CMD SA”, TR LALEY AR/JUR/20653/2015; CNCom., Sala D, 22/03/2018, “Kosten, Esteban vs. Mercado Libre SRL s/ ordinario”, TR LALEY AR/JUR/1780/2018; CNCiv., Sala M, 28/03/2022, “Iglesia Mesiánica Mundial Sekai

En segundo lugar -y más importante- el “papel activo” de las plataformas es cada vez mayor, tanto cualitativa como cuantitativamente, lo cual mengua las posibilidades de aplicación del mencionado principio.

En virtud de esta última afirmación, entendemos que el eje de la discusión para determinar la responsabilidad de la plataforma en el ámbito obligacional o contractual¹⁸ ya no debería girar en torno a la aplicación del principio de neutralidad (que entendemos, además, jurisprudencialmente es pacífica) sino en virtud de otro criterio útil para determinar cómo responde el deudor frente a un incumplimiento obligacional: nos referimos al criterio

Kyusel Kyo en la Argentina vs Mercado Libre S.A. y otros s/ propiedad intelectual 11.723", TR LALEY AR/JUR/24490/2022; CNCiv, Sala A, 26/08/2022, “Maradona Villafañe, Dalma Nerea y otros c. Mercado Libre S.R.L. s/ Medidas precautorias” TR LALEY AR/JUR/112935/2022; CNCOM, Sala B, 25/08/2023, “C., M. A. y otro c. Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario”, El Derecho - Diario, Tomo 305. ED-V-CCCXCIV-223.

Interpretamos que este criterio no ha cambiado en el caso “Cina” porque si bien allí se condenó a la plataforma, asimismo se explicaron las razones por las cuales se aparta de lo decidido por el mismo Tribunal en “Kosten”: básicamente, el rol activo de la plataforma, su actuación como editora con capacidad de control y el criterio generalizado aplicado por el Fuero Nacional en lo Comercial en materia de responsabilidad de las empresas de turismo (Confr. CNCom, SalaD, 10/08/2023, “Cina, María Elena c. Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ Ordinario” TR LALEY AR/JUR/93837/2023; y siguiendo el mismo criterio, Cám. Cont. Adm., Tribut. y Rel. Consum. Sala II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 01/11/2023, “Miranda, Analía vs. Booking.com Argentina S.R.L. s. Relación de Consumo” RC J 926/24).

Asimismo, en los demás casos en que sí han sido condenadas las plataformas, se ha hecho referencia, de algún modo u otro, a un rol no neutral o activo (Confr. Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, 15/09/2016, “F., P. A. c. Mercado Libre S.R.L. s/ acción emergente de la ley del consumidor” TR LALEY AR/JUR/67450/2016; Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 29/12/2016, “Mercado Libre SRL c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ rec. apel. c/decisiones autoridad adm. o pers. jurídica púb. no estatal (civil)”, TR LALEY AR/JUR/97601/2016; y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 30/08/2021, “Pergierycht, Damián c. OLV SA s/ ordinario” TR LALEY AR/JUR/131590/2021)

¹⁸ Si bien a partir del año 2015 el CCyC produjo una unificación de la responsabilidad civil obligacional y extracontractual, esta no ha sido total, sino que, en todo caso, se invirtió la regla que dimanaba del código de Vélez: ahora esos dos subsistemas son regidos, en principio, por las mismas reglas, salvo que la ley disponga específicamente algo distinto. Este principio dimana de manera diáfana del art. 1716, pero es complementado por una serie de normas (como los arts. 1723, 1728, 1732, 1747, 1749, y 1768 —primera parte—) que consagran reglas especiales para la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (o de los contratos, en el caso del art. 1728) Ver Picasso, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", Revista de Derecho Privado, 3, año 1, Ed. Infojus, p. 33.

clasificadorio del derecho de las obligaciones, según estas sean de medios o de resultado.

Tal postulación podría ser criticada por quienes afirman que toda la normativa consumeril predica una responsabilidad siempre de tipo objetiva por parte del proveedor.

En general, esta afirmación sobre la objetivación de la responsabilidad en el derecho del consumidor se hace, fundamentalmente - y circunscribiéndonos al tema en estudio- con basamento legal en el artículo 10 bis LDC y en el artículo 40 de la LDC.

Respecto de la primera norma (artículo 10 bis LDC) que establece ciertas facultades en favor del consumidor ante el incumplimiento de la oferta o del contrato por parte del proveedor “salvo caso fortuito o fuerza mayor”; aquí interpretamos que se trata de un eximente de responsabilidad tanto frente a supuestos de responsabilidad objetiva como subjetiva. Dicha hermenéutica habilita a concluir que no en todos y cada uno de los casos la responsabilidad del proveedor es objetiva.

Respecto de la segunda (artículo 40 LDC) que establece la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de producción y comercialización, entendemos que esta disposición aplica en el ámbito extracontractual (no en el de la responsabilidad obligacional o contractual) y siempre y cuando haya “riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio” Es decir, se acota la aplicación del artículo 40 LDC para los supuestos de responsabilidad por daños causados por productos elaborados y actividades riesgosas (artículo 1757 y ccdtes. CCyC)

Esta discusión sobre la hermenéutica de ambas normas referenciadas se enmarca dentro de otra mayor cual es la vinculada al factor de atribución aplicable a la responsabilidad del proveedor.

Es que, si bien la situación de debilidad estructural del consumidor impondría concluir que, en principio, el factor de atribución debe ser objetivo; corresponde, al mismo tiempo, indagar, en qué circunstancias es de tipo subjetivo.

Es importante tener esta discusión que efectivamente se reduce a valores: partir de la afirmación de que el consumidor es un sujeto digno de la máxima tutela y protección implica, pensar soluciones razonables que deben contemplar, al mismo tiempo, interrogaciones tales como cuál es el

límite de la responsabilidad de los proveedores. Y en qué específicos casos estos responden subjetivamente.

En definitiva, las leyes que tutelan al consumidor no se agotan en sí mismas, sino que “dialogan” con las normas de derecho común. Por eso tienen razón de ser disposiciones como el artículo 963 CCyC que establece un orden de prelación normativa a la hora de aplicar normas en el ámbito contractual (lo mismo hace el artículo 1709 CCyC aplicable a la responsabilidad civil) y como el artículo 3 LDC que establece que sólo frente a supuestos de duda se debe optar por aplicar la norma más favorable al consumidor.

En ese sentido, entendemos que ya existen soluciones de tipo general en nuestro tema que se proyectan de manera directa a las relaciones de consumo, en donde no se encuentran regulados varios aspectos, como es, por ejemplo, la cuestión concerniente a las obligaciones de medios y de resultado¹⁹.

Habrá que preguntarse entonces a qué se obliga la plataforma en cada caso para poder solucionar cómo responde frente al incumplimiento obligacional.

En la dirección apuntada, el CCyC dispone que es responsable directo quien incumple una obligación (art. 1749), ya sea por sí o por terceros (art. 732). Ese incumplimiento requerirá o no de la existencia de culpa en función de cuál sea la naturaleza de la obligación: si es de resultado, aquel se produce por la sola falta de consecución de ese fin (arts. 1723 y 1768, Cód. Civ. y Com.), mientras que, si es de medios, el defectuoso cumplimiento de la obligación se identifica con la culpa del deudor (arts. 774, inc. a), 1768 y concs.)

Entonces, en el campo obligacional el proveedor deudor responderá por incumplimiento, cuya configuración dependerá del alcance del deber de conducta previamente asumido por el obligado (solo conducta diligente, o un resultado concreto)²⁰

¹⁹ Ossola, Federico, “Relaciones de consumo y factor de atribución de la responsabilidad del proveedor Un debate que sigue abierto”, publicado en *Retrospectiva, prospectiva e implementación en el Derecho del Consumidor. A 30 años de la Ley N° 24.240. Edición Especial*. Dir. Carlos Hernández, 2023, El Derecho.

²⁰ Demogue, René, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, París, 1925, t.5, p. 536 y sigtes.; Osti, Giuseppe, “Revisione critica della teoria sulla impossibilità

Verificado el incumplimiento obligacional por parte del proveedor deudor (es decir, en la medida en que el deudor no ejecute el plan de prestación tendiente a satisfacer el interés del acreedor) el consumidor acreedor podrá optar por los remedios jurídicos que el ordenamiento jurídico contempla tanto en las normas de derecho común como en las del derecho de consumo (ejecución forzada de la obligación, suspensión del contrato, resolución del contrato, sustitución de la prestación, daños y perjuicios)

Precisamente, en los precedentes nacionales en que sí se condenó a las plataformas, la jurisprudencia, ha hecho referencia:

- a la negligencia de la demandada quien no tuvo un mínimo de prudencia al enviar el dinero recibido al vendedor antes que el comprador recibiera el envío de la mercadería (no verificó que los celulares se hayan entregado antes de liberar el pago)²¹;

- a la falta de respuesta satisfactoria por parte de la demandada frente a un reclamo efectuado mediante el sistema previamente dispuesto por esta, “lo cual resulta contrario a la buena fe, más aún cuando tiene a su disposición los instrumentos técnicos para procurar el cumplimiento del deber de información previsto en la LDC”²²

- al alcance de las obligaciones del portal de ventas on line, a sus deberes de precaución y a la diligencia exigible a un proveedor profesional²³.

della prestazione”, Rivista di Diritto Civile, 1918; Bustamante Alsina, *Teoría de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 28; Alterini Jorge H. “Obligaciones de resultado y de medios” en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, p. 702; Bueres, Alberto José, “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado” Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 2018 (septiembre), 1, RCyS 2019-XII, 3, TR LALEY AR/DOC/1828/2018; Picasso Sebastián y Sáenz, Luis R.J., *Tratado de Derecho de Daños*, Ed. La Ley, 2019, Tomo II, ps. 315 y sigtes.

²¹ Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, 15/09/2016, “F., P. A. c. Mercado Libre S.R.L. s/ acción emergente de la ley del consumidor” TR LALEY AR/JUR/67450/2016.

²²Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 29/12/2016, “Mercado Libre SRL c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ rec. apel. c/decisiones autoridad adm. o pers. jurídica púb. no estatal (civil)”, TR LALEY AR/JUR/97601/2016.

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 30/08/2021, “Pergierycht, Damián c. OLX SA s/ ordinario” TR LALEY AR/JUR/131590/2021. Allí se dijo: “La plataforma digital no se hallaba obligada a constatar que el supuesto oferente hubiera tenido efectivamente en su poder el teléfono celular, pero sí que ese oferente existía y cuál era su identidad, lo que no hizo...”; “El hecho de que el negocio hubiera culminado

En todos estos casos, como se dijo, se condenó a la plataforma por incumplimiento de obligaciones previamente asumidas en virtud de no haber obrado de modo diligente en el cumplimiento de las mismas, es decir, por incumplimiento de obligaciones de medios.

En síntesis, tomando en consideración que el “rol activo” de las plataformas es cada vez mayor, lo cual mengua las posibilidades de aplicación del principio de neutralidad, se propone como criterio para determinar la responsabilidad de la plataforma en el ámbito obligacional o contractual el vinculado a la clasificación de las obligaciones, según estas sean de medios o de resultado²⁴.

fuera de la plataforma digital no puede relevarla de la responsabilidad de no haber tomado ni la más mínima precaución para controlar la seguridad de lo que sí sucedía en esa plataforma, verificando quiénes eran sus usuarios.”; y “Ese servicio debe ser prestado con ajuste a la diligencia exigible a un proveedor profesional que se desempeña en un trasfondo enormemente riesgoso, en tanto destinado a habilitar la contratación entre desconocidos y entre un público muy diverso, masivo, no asesorado y eventualmente impulsivo, que debe ser objeto de esos cuidados mínimos”.

²⁴ El Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (artículo 71) siguiendo las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor (arts. 5º inc. j y 63) establece que los consumidores que recurren al comercio electrónico deben tener un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio. Entendemos que el criterio propuesto no obstaculiza tal propósito en tanto el mismo se propicia respecto de las obligaciones del proveedor en general, es decir, ya sea dentro o fuera del específico ámbito del comercio electrónico.

HACIA UN CRITERIO LEGAL DE PARTICIPACIÓN RELEVANTE RESPECTO DE LAS PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Por Vanesa S. Jagou¹

I. CONCLUSIONES

1. Bajo la normativa actual, la plataforma responde por incumplimiento obligacional pero respecto de las obligaciones emergentes de su propio contrato (artículo 10 bis LDC y artículo 730 CCyC).

2. Para poder responsabilizar a la plataforma que no es parte del contrato de provisión de bienes o servicios por todas las obligaciones emergentes de dicho contrato -incluso las que no haya asumido- sería necesario avanzar hacia un criterio legal de “participación relevante” del cual pudiera predicarse su responsabilidad obligacional en aquellos casos en que asume un rol fundamental en la celebración y/o en la ejecución del contrato, aun cuando no sea técnicamente parte de este.

3. Cuando la plataforma brinda el servicio de clasificación por estrellas, garantiza la obligación del otro proveedor del bien o servicio en cuestión (art. 1349 CCyC) Su obligación es de resultado (arts. 774 inc b, 1723 y 1768 CCyC) y su responsabilidad debe ser analizada a la luz de las previsiones del artículo 1728 CCyC.

4. Cuando la plataforma induce a la contratación (cuando organiza tarifas preferenciales y cuando promociona cierto tipo de anuncios determinando, según criterios no especificados, aquellos que aparecen primero) o cuando permite a los usuarios dejar comentarios luego de adquirir el bien o utilizar el servicio, responderá por aplicación de las normas de la responsabilidad civil aquiliana.

¹ Abogada graduada en la UBA con Diploma de Honor. Profesora Adjunta de Parte General (UBA) en la Cátedra del Dr. Santarelli. Docente por concurso en Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho del Consumidor (UBA) en la Cátedra del Dr. Picasso. Docente por concurso en Contratos Civiles y Comerciales (UBA) en la Cátedra del Dr. Leiva Fernández. Docente titular de Mercados y Regulaciones (Universidad de Palermo) Maestría en Derecho Empresario (ESEADE) Especialista en Derecho de Daños (UBA) Profesora invitada en Posgrado (UBA- UCEMA - ESEADE).

II. FUNDAMENTOS

1. ¿SE PUEDE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN A LA PLATAFORMA QUE NO ES PARTE DEL CONTRATO DE PROVISIÓN DE BIENES O SERVICIOS?

Existen, al menos, tres posibles dinámicas de funcionamiento dentro del sistema del comercio electrónico desde el punto de vista del consumidor: triangular, vertical y directa.

Estas dos últimas formas (vertical y directa) no son objeto del presente trabajo, ya sea porque dan respuesta al problema que aquí tratamos (en la subcontratación, mediante la concesión de acción directa al afectado) o porque ese problema no se presenta (en la contratación directa, porque se reclama directamente a la plataforma la obligación incumplida).

La pregunta es, si en el esquema de funcionamiento triangular (en el cual el consumidor se vincula con la plataforma y, al mismo tiempo, con el otro proveedor del bien o servicio en cuestión, al menos en un primer momento, a través de aquella) el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación a la plataforma que no es parte del contrato de provisión de bienes o servicios.

Bajo la normativa actual, entendemos que la respuesta a esta cuestión es negativa.

Asumiendo que nos encontramos en el crepúsculo de la relatividad contractual², no se trata más que de precisar cuáles son los límites de la conmoción a tal principio medular del derecho de las obligaciones y de los contratos.

Aun cuando partiéramos de considerar que el esquema de funcionamiento triangular se trata de un fenómeno de conexidad contractual, este instituto, tal como se encuentra regulado actualmente, no da solución favorable al consumidor en este punto.

La pregunta que se presenta es si el fenómeno de la conexidad contractual, tal como está regulado en nuestro sistema, habilita a extender

² De Lorenzo, Miguel Federico, "La protección extracontractual del contrato" LA LEY 1998-F, 927 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1583. TR LA LEY AR/DOC/18649/2001.

todos los efectos de un contrato a otro, o si, por el contrario, la extensión de estos efectos es más limitada.

Entendemos que no existen actualmente otros efectos que los derivados expresamente de su regulación legal (artículo 1075 CCyC)³.

En ese sentido, la posibilidad de exigir el cumplimiento forzado, o la reparación de daños y perjuicios, a terceros ajenos al contrato incumplido no está contemplada por la ley, razón por la cual entendemos que ella se encuentra vedada; el principio general es el de la relatividad de los efectos de los contratos, y las normas que se apartan de él son, por lo tanto, de interpretación restrictiva⁴.

De igual modo, en relación a la existencia en favor del consumidor de una acción directa contra el que formalmente no ha contratado con él, entendemos que resulta aplicable el artículo 736 CCyC que expresamente dispone que esta acción tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley⁵

³ El artículo 36 LDC sobre operaciones de crédito para el consumo acota los efectos de la conexidad contractual contemplándolos solo respecto de supuestos de ineficacia.

Sin embargo, la posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones debidas por el proveedor con el que contrató, a otro proveedor que sea parte de alguno de los contratos conexos y con el que no hubiera contratado directamente sí se encuentra contemplada en el Proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación (artículo. 210 inc c) y en el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (artículo 65 inc 2) aunque en esta última norma proyectada parece condicionarla al decir: “sin perjuicio de los casos especiales expresamente previstos”.

⁴ Confr. nota al pie N° 10 en Picasso, Sebastián, “Responsabilidad del deudor frente a terceros damnificados por el incumplimiento contractual. Estado de la cuestión en Francia y en la Argentina” RCCyC 2020 (octubre), 73 - RCyS2020-XI, 3, TR LALEY AR/DOC/2918/2020.

En similar sentido, confr. Nicolau, Noemí L., “Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados” LLGran Cuyo2021 (junio), 7, TR LALEY AR/DOC/1348/2021).

⁵ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS Carlos G., *Tratado de Obligaciones*, T II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 415.

(como ocurre en el subcontrato: artículos 1071 y 1072 CCyC; o en el leasing financiero: artículo 1232 CCyC)^{6 7}

Por otro lado, para fundar la conexidad de todos los efectos, también se ha dicho que “Es aplicable el art. 40 Ley 24240 (LA 1993-C-3012) a las relaciones derivadas de contratos conexos”⁸.

En síntesis que nos exime de mayor desarrollo en este punto por ser ampliamente conocidas, la postura amplia propicia la aplicación del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor a cualquier supuesto de responsabilidad por daños a consumidores, e incluso, frente a supuestos de incumplimientos contractuales; y la restringida (a la cual se adhiere) postula la aplicación de esta norma -tal como se encuentra hoy redactada- sólo en el ámbito aquiliano frente a supuestos de responsabilidad por productos elaborados.

Tampoco es posible fundar una acción de este tipo con basamento en la responsabilidad precontractual toda vez que este instituto reconoce como presupuestos de aplicación aquellos casos en que el contrato no se celebró o cuando el contrato es nulo⁹.

Aplica, evidentemente, el principio del efecto relativo de los contratos y de las obligaciones, según el cual ellos solo producen efecto entre las partes, y son inoponibles a los terceros (arts. 730, 731, 1021, 1022 y concs. CCyC).

⁶ Asimismo, se ha dicho que la homogeneidad de los créditos como requisito esencial de la acción directa constituye un obstáculo para conceder indiscriminadamente acción por cumplimiento de contrato a un acreedor insatisfecho (Nicolau, Noemí L., “Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados” LLGran Cuyo2021 (junio), 7, TR LALEY AR/DOC/1348/2021)

⁷ Sin desconocer que doctrinariamente se han tratado cuáles podrían ser las excepciones al efecto relativo en el ámbito de la acción directa, entendemos que el supuesto en estudio no puede subsumirse en ninguna de ellas. Para ampliar, puede verse LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos, Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 592 y 593; y LOPEZ FRIAS, *Los contratos conexos*, 1994, Ed. José M. Bosch Editor S.A., Barcelona, p. 28.

⁸ XVII Jornadas Nacional de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional del Litoral en el año 1999.

⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos, Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 376 y sigtes. y LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos, Parte General*, Tomo I, Ed. La Ley, p. 226.

Concluimos que el consumidor no puede, bajo el esquema regulatorio actual, exigir el cumplimiento de la prestación a la plataforma que no es parte del contrato de provisión de bienes o servicios, salvo que esta las haya previamente asumido o garantizado.

2. ACTIVIDADES QUE DESARROLLA LA PLATAFORMA MÁS ALLÁ DE LA MERA INTERMEDIACIÓN. HACIA UN CRITERIO LEGAL DE PARTICIPACIÓN RELEVANTE

Lo concluido en el punto anterior no implica que la plataforma no deba responder por las obligaciones que sí asumió, o de algún modo garantizó¹⁰.

Lo fundamental es preguntarse en cada caso cuál es la obligación de la plataforma para luego determinar cómo responde en caso de incumplimiento.

En abono de tal propósito, es posible clasificar la actividad de la plataforma del siguiente modo:

a) *Actuación de la plataforma sin intermediación*

Cuando actúa como un “mero aviso de clasificados” y cobra por la publicación efectuada en el espacio brindado por esta.

La intervención de la plataforma se limita a la prestación de un servicio que consiste en la publicación de un aviso que contiene los datos de contacto del anunciante, luego, la transacción, en caso de llevarse a cabo, tiene lugar por fuera de la plataforma, entre el consumidor y el proveedor del bien o servicio en cuestión. El rol de la plataforma es neutro y pasivo.

Se distinguen dos contratos: el primero, celebrado entre el anunciante y la plataforma el cual comprende la publicación del aviso en su sitio web y el aporte al interesado de los datos para su contacto directo, y el segundo, entre el proveedor del bien o servicio y el lector del aviso¹¹.

¹⁰ Por ejemplo, cuando la plataforma brinda un sistema de calificación de bienes o servicios mediante estrellas que controla bajo criterios no especificados.

¹¹ Es el supuesto de hecho que se dio en los casos decididos por la CNCOM, sala B, 07/03/2017, “Gómez Maciel, Francisco José c. DRIDCO S.A. s/ ordinario” AR/JUR/8466/2017 y 25/08/2023, “CASTILLO, MARIA ALEJANDRA Y OTRO c. MERCADO LIBRE SRL s/ORDINARIO” TR LALEY AR/JUR/107239/2023; y CNCOM,

En caso de incumplimiento de este segundo contrato no puede responsabilizarse a la plataforma que no interviene, no participa de ningún modo, y tampoco percibe comisión en caso de llevarse a cabo el negocio. Sí podría llegar a responder en caso de que la publicidad efectuada perjudicara a potenciales consumidores (art. 1096 CCyC) pero no con fundamento en una acción de índole contractual sino de daños y perjuicios bajo las normas de la órbita aquiliana.

b) Actuación de la plataforma con intermediación:

Cuando actúa, de mínima, desarrollando funciones de intermediación o corretaje (arts. 1345 a 1355 CCyC).

Esto significa que la plataforma se obliga a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios (art. 1345 CCyC) teniendo derecho al cobro de una comisión si el negocio se celebra como resultado de su intervención (art. 1350 CCyC)

Subsumir la actividad de la plataforma dentro de las normas del contrato de corretaje tiene, al menos, dos implicancias de relevancia:

1. La plataforma tiene, de mínima, deberes concretos de información: obligación de asegurarse la identidad de las personas que intervienen en el negocio en que media¹²; proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a error a las partes; y comunicar a las partes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio (art. 1347 CCyC)

2. La plataforma puede otorgar garantía por obligaciones de una o ambas partes (art. 1349 CCyC) Entendemos que cuando lo hace, su obligación es de resultado (774 inc b, 1723 y 1768 CCyC)

sala F, 03/08/2023, “SALAZAR, FERNANDA MARIANA c. MERCADO LIBRE SRL s/ ORDINARIO” TR LALEY AR/JUR/97352/2023.

¹² CNCOM, sala C, 30/08/2021, “Pergierycht, Damián c. OLX SA s/ ordinario” TR LALEY AR/JUR/131590/2021 y Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 30/06/2022, “Mussi, Julio Cesar c. Mercado Libre SRL y otro/a s/ Daños y perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)” TR LALEY AR/JUR/87341/2022. En estos casos, aunque no se fundó su solución en las normas del contrato de corretaje para condenar a la plataforma sí se consideró que esta era una intermediaria que tenía la obligación de identificar a los usuarios debidamente.

El problema que reviste enmarcar la actividad de la plataforma dentro de las normas del contrato de corretaje es que esta tipología no alcanza para abarcar la cantidad y variedad de obligaciones que las plataformas deciden voluntariamente asumir “más allá de la mera intermediación” a medida que aceleradamente va evolucionando su modelo de negocios.

Frente a tal insuficiencia, se propone razonar en los términos que siguen.

c) Actuación de la plataforma más allá de la mera intermediación:

Dijimos que la plataforma actúa, de mínima, acercando a las partes, siendo en tal caso su principal servicio el de la intermediación tecnológica con la finalidad de que los usuarios del sistema intercambien bienes y servicios.

Sin embargo, en los últimos tiempos, los portales de venta on line han ido incorporando herramientas y prestaciones adicionales, tales como plataformas de pago, sistema propio de envíos, mecanismos de reclamos, otorgamiento de garantías, sistemas de reputación o calificación de los usuarios, entre otros.

Esta actividad de la plataforma que va más allá de la mera intermediación se manifiesta de dos formas: cuando participa de modo relevante en la celebración y/o en la ejecución del contrato de provisión de bienes o servicios, distinto del de intermediación tecnológica; o bien cuando actúa como editora con capacidad de control.

c.1. Participación de modo relevante en la celebración y ejecución del contrato de provisión de bienes o servicios

El primer supuesto de actuación de la plataforma que va más allá de la mera intermediación se verifica en aquellos casos en que la plataforma asume un rol determinante ya sea en la celebración como en la ejecución del contrato.

Es decir, participa en forma significativa o trascendental en el desarrollo del plan prestacional que le interesa al acreedor (artículo 724 CCyC)

Por ejemplo, cuando la plataforma decide asumir un alto grado de participación tanto en la gestión como en la cancelación de la reserva de un hotel frente al consumidor, cobrándole asimismo al hotel una comisión por tal gestión.

Resulta claro que la plataforma responderá, en caso de que el incumplimiento le sea imputable, por las obligaciones que efectivamente haya asumido.

La pregunta central es si estas nuevas funciones que las plataformas desarrollan poseen una entidad tal que permita extender respecto de estas los efectos del incumplimiento contractual del negocio vinculado a la adquisición del bien o servicio de que se trate.

En estos casos, la plataforma no se limita a ofrecer un ámbito virtual para que las personas que ofertan y demandan bienes o servicios se contacten e incluso perfeccionen un contrato entre ellas, sino que participa cumpliendo un rol importante (y a veces fundamental, determinante, necesario e imprescindible) ya sea en la celebración como en la ejecución del contrato de provisión de bienes o servicios distinto del de intermediación tecnológica.

Tanta relevancia ha adquirido esta participación que en algunos casos la jurisprudencia internacional ha considerado que la plataforma era parte del contrato de provisión de bienes o servicios (distinto del de la intermediación tecnológica) considerando incluso como tercero al proveedor “original” del bien o servicio en cuestión¹³.

Es cierto que la información brindada en las publicaciones (principalmente nos referimos al precio y a la descripción del producto o servicio ofertado) es “cargada” o ingresada al portal por el proveedor que ofrece el bien o servicio en cuestión, sin intervención de la plataforma.

En esos supuestos, la plataforma responderá cuando su incumplimiento guarde relación con servicios efectivamente prestados, que

¹³ Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Asturias, de fecha 30 de abril de 2012: el fallo es transcripto por Rosselló Rubert, F., Problemas derivados de la relación jurídica entre pequeño empresario turístico y web 2.0, ps. 10/11, nota n° 28, publicado en el sitio https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/17798/ridetur_2_2_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y y citado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, en autos “Cina, María Elena c. Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ Ordinario”, 10/08/2023, TR LALEY AR/JUR/93837/2023.

van “más allá de la mera intermediación”, mas no cuando estos tengan su génesis en cuestiones ajenas a dichos servicios¹⁴.

Por ejemplo, cuando se obligue a enviar el producto al consumidor y este no llegue o cuando se obligue a recibir el pago del consumidor y luego no pueda procesarlo, por causas imputables a esta.

Es decir, responderá por su propio incumplimiento (artículos 10 bis y 19 LDC y 730 CCyC).

En otras palabras, bajo la normativa actual, el consumidor no puede, exigir el cumplimiento de la prestación a la plataforma que no es parte del contrato de provisión de bienes o servicios, aunque esto no implica que la plataforma no deba responder por las obligaciones que sí asumió, o de algún modo garantizó.

Entendemos, *de lege ferenda* que, para poder responsabilizar a la plataforma que no es parte del contrato de provisión de bienes o servicios por todas las obligaciones emergentes de dicho contrato -incluso las que no haya asumido- sería necesario avanzar hacia un criterio legal de “participación relevante” del cual pudiera predicarse su responsabilidad obligacional, en aquellos casos en que asume un rol fundamental en la celebración y/o en la ejecución del contrato, aun cuando no sea, técnicamente parte de este.

c.2. Actuación de la plataforma como editora con capacidad de control.

En el caso “Cina”¹⁵ la actora demandó a Booking y a la propietaria del hotel reclamando la devolución de las sumas pagadas al hotel en destino, daño moral y punitivo por las deplorables condiciones que presentó el alojamiento elegido por la actora.

Con un profuso desarrollo de jurisprudencia y doctrina extranjera sobre los conflictos por servicios turísticos prestados por las plataformas y

¹⁴ CNCOM, Sala E, 20/12/2019, “Vergara Graciela Rosa vs. Energroup S.A. (Motos del Sur) y otro s/ ordinario” RC J 13454/2019.

¹⁵ CNCOM, sala D, “Cina, María Elena c. Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ Ordinario”, de fecha 10/08/2023, TR LALEY AR/JUR/93837/2023. Esta jurisprudencia fue sostenida por Cám. Cont. Adm., Tribut. y Rel. Consum. Sala II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 01/11/2023, “Miranda, Analía vs. Booking.com Argentina S.R.L. s. Relación de consumo” RC J 926/24.

también resaltando el criterio jurisprudencial vigente en el ámbito nacional sobre la responsabilidad de los integrantes de la cadena de comercialización en materia de contratación con fines turísticos; la misma Sala que decidió el caso “Kosten”, luego de explicar las particularidades que la apartan de lo resuelto en tal precedente (fundamentalmente, el rol activo de la plataforma que se concreta en el cobro de comisiones y su actuación como editora con capacidad de control) condenó a Booking y absolvió a la propietaria del hotel concluyendo que los consumidores turísticos se relacionan fundamentalmente con aquella. Asimismo, descalificó los "Términos y condiciones" de Booking por considerarlos abusivos, y por lo tanto ineficaces e inoponibles al consumidor.

A partir de lo resuelto en dicho precedente, nos parece valioso preguntarnos cuándo la plataforma actúa como editora con capacidad de control, porque este particular modo de actuación puede ser trasladable al de las plataformas de comercio electrónico en general y, por ende, tal vez también, las soluciones que a su alrededor puedan proponerse.

En ese sentido, se ha dicho que el portal de ventas por internet actúa como editor con capacidad de control cuando tiene conocimiento y control de los datos almacenados¹⁶ e incluye supuestos en que este:

- 1) organiza tarifas preferenciales para determinados anuncios.
- 2) ofrece a los arrendadores la opción de mejorar su clasificación en la plataforma mediante un "acelerador de visibilidad" contra el pago de una comisión, y un algoritmo determina una clasificación de las ofertas ofrecidas en alquiler con el fin de que los internautas encuentren el bien o servicio que más les convenga;
- 3) promociona cierto tipo de anuncios y determina según criterios a su discreción aquellos que aparecen primero;
- 4) gestiona un sistema de clasificación por estrellas según criterios no especificados;
- 5) permite a los usuarios dejar comentarios después de utilizar el bien o servicio en cuestión;

¹⁶ Conf. Tribunal Judiciaire de Paris, 18/10/2021, n° 21/42480, “La Ville de Paris c/ Booking.com.BV”, considerando 3.2., en “daloz-actualite.fr/sites/daloz-actualite.fr/files/resources/2021/10/booking_ville_de_paris.pdf

Entendemos que la mayoría de estos supuestos de actuación, en definitiva, son conductas de la plataforma que inducen al consumidor a contratar.

La pregunta es cómo responde frente a cada uno de ellos.

1. Sistema de clasificación por estrellas.

En el supuesto en el cual la plataforma gestiona un sistema de clasificación por estrellas según criterios no especificados¹⁷ su actividad consiste en dar información en la etapa precontractual incentivando la contratación por parte del consumidor que -asumimos- basa su decisión en esa calificación.

Por ejemplo, cuando el consumidor contrata un alojamiento con fines vacacionales mediante una plataforma dedicada exclusivamente a esos fines, inducido por la buena calificación asignada previamente por esta y finalmente resulta que el alojamiento no existía o era muy defectuoso.

Es importante tener en cuenta que esta actividad desplegada por la plataforma, en tanto brinde información¹⁸ (en los términos exigidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional y por los artículos 4 LDC, 1100 y 1107 CCyC) beneficia tanto al consumidor en la protección de sus intereses económicos (esto es: propende a la mejor elección por parte del consumidor, que el precio que pague por un bien o servicio se ajuste a sus expectativas razonables, que le permita no aceptar o terminar un contrato que no responda a sus expectativas) como a la transparencia de la competencia entre los proveedores del bien o servicio en cuestión y también se beneficia a sí

¹⁷ En lo que respecta al sistema de reputación, se ha afirmado que la plataforma será responsable si se le realiza una notificación denunciando una información engañosa o una valoración negativa del proveedor y no toma medidas de comprobación y de advertencia adecuadas para prevenir a futuros usuarios. En estos casos, la plataforma tiene obligación de supervisión, que le exige la vigilancia del sistema de reputación, de las valoraciones, de la información de conductas reprochables de proveedores y usuarios, etc. Es una responsabilidad por culpa y aquella deberá probar que empleó toda la diligencia exigible a los profesionales (Silvestre, Norma O. - Wierzba, Sandra M., "Economía colaborativa: concepto, regulación y responsabilidad civil" EBOOK-TR 2021 TOBIAS, 203. TR LALEY AR/DOC/3473/2020)

¹⁸ Apreciado como un valor de mercado y entendido como un umbral aceptable de información para contratar (Santarelli, Fulvio G., "Comentario al art. 4º", en Vázquez Ferreyra, Roberto - Picasso, Sebastián (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 63 y 64).

misma, puesto que esas funciones de calificación mediante estrellas le dan un plus de valor a su negocio.

Advirtiendo que “todos ganan” o que la realización de esta actividad beneficia a todos, es conveniente su desarrollo motivo por el cual no se trata de regular su prohibición ni de desincentivarla sino, por el contrario, de fomentarla, pero protegiendo equilibradamente los intereses de las partes involucradas.

En estos casos, la conducta desplegada por los deudores (plataforma y proveedor del bien o servicio) tendiente a satisfacer el interés del acreedor consumidor parece amalgamarse, o, mejor dicho, la satisfacción del interés del acreedor requiere del complemento de la conducta de ambos deudores.

En otras palabras, el consumidor busca un bien o servicio a través de la plataforma porque esta le provee el servicio de calificación del producto, es decir, le facilita la búsqueda.

No cabe duda que ambos deudores se encuentran obligados. Lo fundamental es preguntarse en cada caso a qué se obligó cada uno y, en nuestro estudio, cuál es la obligación de la plataforma para luego determinar cómo responde frente a ese incumplimiento.

Ahora bien, aquí no se trata del deber de información legal (en los términos exigidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, arts. 4 LDC, 1100 y 1107 CCyC) es decir, del piso mínimo de información que la ley requiere al proveedor, sino de un servicio que la plataforma voluntariamente decide otorgar y consiste en brindar un conjunto de información adicional (“calificación mediante estrellas”) que integra el contenido prestacional. La información se vuelve prestación. En otras palabras: el objeto de la obligación es la prestación de un servicio de información que facilita y agiliza la búsqueda al consumidor.

En este supuesto, la plataforma responde por incumplimiento de la obligación de informar de fuente obligacional o contractual, no legal.

Es decir, responderá por su propio incumplimiento obligacional (arts. 10 bis y 19 LDC y 730 CCyC).

En ese sentido, si la plataforma decidió incorporar un sistema de calificación de productos, que ella misma controla y que consiste en dar información al consumidor para facilitarle la búsqueda, de algún modo, está garantizando la obligación del otro proveedor del bien o servicio en cuestión (artículo 1349 CCyC)

Entendemos que cuando lo hace, su obligación es de resultado (arts. 774 inc b, 1723 y 1768 CCyC) y su responsabilidad debe ser analizada a la luz de las previsiones del artículo 1728 CCyC (es decir, la plataforma responde por las consecuencias previstas o que pudo haber previsto al momento de la celebración del contrato; y cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento)

En cualquier caso, y de igual modo que en el supuesto anterior, se entiende *de lege ferenda* que, para poder responsabilizar a la plataforma que no es parte del contrato de provisión de bienes o servicios por todas las obligaciones emergentes de dicho contrato -incluso las que no haya asumido- sería necesario avanzar hacia un criterio legal de “participación relevante” del cual pudiera predicarse su responsabilidad obligacional cuando, como en este caso, la satisfacción del interés del acreedor requiera del complemento de la conducta de ambos deudores.

2. Tarifas preferenciales y acelerador de visibilidad.

Cuando la plataforma organiza tarifas preferenciales y cuando promociona cierto tipo de anuncios determinando, según criterios no especificados, aquellos que aparecen primero; entendemos que se trata de supuestos de inducción a la contratación.

En estos supuestos de actuación la plataforma responderá por aplicación de las normas de responsabilidad civil (art. 1708 y ccdtes. CCyC) en caso de que esta inducción a la contratación cause un daño no justificado al consumidor (art. 1717 CCyC) y siempre que dicho accionar tenga adecuado nexo de causalidad con el daño (art. 1726 CCyC)

En ese sentido, el consumidor podría, con base legal en las normas de la responsabilidad civil aquiliana, reclamar a la plataforma los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de provisión de bienes o servicios celebrado por intermedio del portal de ventas on line.

3. Comentarios de otros usuarios.

Otro supuesto de actuación se da cuando la plataforma permite a los usuarios dejar comentarios luego de adquirir el bien o utilizar el servicio y el consumidor contrata en función de las opiniones vertidas por otros usuarios.

En este sentido, cuando un usuario del foro efectúa un comentario o aloja datos que no son ciertos en el sitio virtual que pone a disposición el

prestador del servicio de intermediación, cabe diferenciar entre el autor de la opinión o comentario (responsabilidad por hecho propio) y el prestador del servicio de intermediación, que responderá en determinadas circunstancias conforme a los parámetros derivados del principio de neutralidad.

Es decir, la plataforma no responderá por las opiniones vertidas por los usuarios¹⁹, salvo que tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.

Entendemos que en estos supuestos de actuación la plataforma responderá por aplicación de las normas de responsabilidad civil aquiliana (1708 y ccdtes. CCyC).

¹⁹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 24, 10/08/2020, “Cabello, Daniel Alejandro c. Mercado Libre SRL s/ Ordinario” TR LALEY AR/JUR/72256/2020.

**RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN.
IGUALDAD DE DERECHOS PARA LOS CONSUMIDORES. IGUALDAD
DE RESPONSABILIDADES PARA LOS PROVEEDORES. EL DERECHO
VIGENTE Y EL DERECHO PROYECTADO**

Por Belén Japaze¹

I. CONCLUSIONES

1. Sin perjuicio de las modalidades diversas que pueda presentar la intermediación en plataformas digitales, sus titulares integran el catálogo de proveedores, sujetos al cumplimiento del sistema de tutela del consumidor. Se trata, en efecto, de proveedores de servicios de comercio electrónico que mediante la utilización de recursos tecnológicos diversos, crean un ámbito, lo organizan y gestionan a efectos de facilitar el contacto y la realización de transacciones entre los usuarios (en el caso, entre proveedores oferentes y consumidores destinatarios finales).

2. El sistema protectorio del consumidor consagra un régimen de responsabilidad autónomo y diferenciado, aplicable a todo supuesto daño sufrido en el marco en la relación de consumo. Un rasgo definitorio es la adopción de un factor de atribución objetivo. Esa decisión de política legislativa se ratifica al dejar establecido que el proveedor sólo se libera acreditando la concurrencia de una causa ajena, que se juzgará con carácter estricto y riguroso.

3. Sin perjuicio de que la responsabilidad de los titulares de las plataformas digitales deba juzgarse de conformidad a su tipología, a los modelos de negocios que las definen y a la actuación concretamente desplegada, tales argumentos resultan insuficientes para justificar per se, un desplazamiento de la aplicación del régimen protectorio del consumidor, con sus notas definitorias.

4. La apariencia de solvencia profesional, el prestigio de la marca, el dominio de los recursos tecnológicos disponibles, el volumen de negocios ofrecidos, la predeterminación de las reglas de uso y el

¹ Profesora titular regular de Derecho del Consumidor y profesora adjunta regular de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán.

tránsito masivo de usuarios en la plataforma, generan confianza en los consumidores. La responsabilidad del titular de la plataforma por el daño derivado de la frustración de las legítimas expectativas del consumidor encuentra fundamento en el principio de confianza. La tutela de la confianza constituye un mandato indeclinable, más aún cuando en el caso, la vulnerabilidad del consumidor se ve agravada por la antinaturalidad del hecho tecnológico que se le impone para el acceso a ciertos bienes y servicios.

5. La actuación de los proveedores que ofrecen, publicitan y contratan con consumidores en ese espacio digital, no puede considerarse ajena a la actividad desplegada por la plataforma de intermediación. Se trata de terceros directamente implicados en la dinámica de la intermediación ofrecida a los usuarios que transitan el sitio. La interpretación coordinada de la conexidad contractual del sistema general del Código unificado, con los principios y reglas del sistema protectorio especial permite resolver la distribución de los riesgos y las responsabilidades de los implicados en esta dinámica contractual singular.

6. El alcance de las obligaciones asumidas por el proveedor y su eventual responsabilidad no se determina a partir de los términos y condiciones predispuestos por el titular de la plataforma. Establecer los presupuestos que definen la aplicación de sistema de tutela especial es una potestad reservada al legislador que, en su caso, determinará los supuestos de exclusión, que por razones de política legislativa considere de justificación suficiente.

II. FUNDAMENTOS

1. RAZONES DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN PROTECTORIO DEL CONSUMIDOR: ¿POR QUÉ LOS TITULARES DE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN SON PROVEEDORES EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY N° 24.240 Y DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL?

Al definir la figura del proveedor, el CCyC replica -en el art. 1093- la fórmula contenida en el art. 2 LDC. En ambos casos se propone una noción con vocación de generalidad que pueda dar contención a la manifestación diversa de la actuación de los proveedores en el mercado. La noción de proveedor se compone, sustancialmente, de dos elementos: a) la realización de ciertas conductas típicas (producir, importar, distribuir o

comercializar cosas o prestar servicios a consumidores o usuarios); b) La profesionalidad en la realización de esas conductas.

A la luz de tales consideraciones, no parece dudoso que “la plataforma es un sitio de rigurosa especialidad” y que el titular de la misma actúa como un profesional experto en el diseño, organización y gestión de un producto/servicio singular que pone ofrece a los usuarios interesados.

Si a la constatación de la figura del proveedor en un polo de la relación jurídica, se suma la presencia -en el otro extremo- de un usuario que utiliza el servicio ofrecido en ese escenario digital, con las notas previstas en el art. 1 LDC y en el art. 1092 del CCyC, hemos de concluir que estamos ante una relación de consumo que determina la aplicación del régimen tuitivo de orden público correspondiente.

En efecto, si al presupuesto subjetivo ya analizado se suma la concurrencia de los presupuestos objetivos de esta relación jurídica particular -en tanto existe un producto o un servicio diseñado y ofrecido al público consumidor y efectivamente utilizado (objeto) como destinatario final por los usuarios de la plataforma (causa fin)- la necesaria consecuencia es la aplicación del sistema protectorio del consumidor de base constitucional y con fuentes normativas diversas.

De conformidad al art. 2 LDC, “todo proveedor está obligado al cumplimiento” de la citada ley, sin que el legislador haya previsto un supuesto de exclusión que justifique afirmar que las plataformas de intermediación quedan fuera del alcance de la regulación protectoria del consumidor que, entre otras notas particulares, establece un régimen de responsabilidad propio.

2. LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CONSAGRADO POR EL SISTEMA PROTECTORIO DEL CONSUMIDOR

El estatuto del consumidor ha dado nacimiento a un régimen de responsabilidad autónomo y diferente al previsto para el Derecho Privado en general. Tiene diversas notas distintivas que lo diferencian del sistema general del CCyC y es más beneficioso para el consumidor. la regulación especial se concentra en el art. 40 LDC que “constituye el corazón de ese régimen reparatorio autónomo...aplicable a todo supuesto dañoso” (comercialización de cosas y servicios). El sistema protectorio del consumidor consagra respuestas unificadas en su régimen de

responsabilidad por daños –antes de que ello se plasmara en el CCyC- sin distinguir tampoco si el menoscabo se emplaza en la esfera contractual o extracontractual.

En el diseño de ese régimen de responsabilidad especial un rasgo definitorio es el factor de atribución objetivo. El texto del art. 40 LDC es revelador del criterio adoptado por el legislador nacional y sobre lo que nuestra doctrina no duda. En ningún caso se exige un factor de atribución de tipo subjetivo para hacer responder al proveedor.

El art. 40 LDC dispone que “sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena” y que el adverbio ‘sólo’, con el cual comienza el párrafo final, denota la rigurosidad con la cual el legislador disciplina esta responsabilidad, admitiendo la liberación de los integrantes de la cadena de comercialización en la medida que la causa material del menoscabo se desplace hacia otro centro de imputación, de modo concurrente o total.

3. ¿POR QUÉ LOS TITULARES DE PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN, PROVEEDORES EN LOS TÉRMINOS DEL CCYC Y DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, TENDRÍAN UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISTINTO DEL LEGALMENTE ESTABLECIDO PARA LOS DEMÁS? EN SU CASO, ¿NO DEBERÍA EL LEGISLADOR CONTEMPLAR EXPRESAMENTE TAL SUPUESTO DE EXCLUSIÓN?

Los proveedores, aun ocasionales, a fin de optimizar esfuerzos en pos de la colocación de sus productos o servicios, acuden a quien de modo profesional ofrece un espacio y la tecnología que les permita llegar en forma masiva a los consumidores. Y más allá de las modalidades diversas que pueda presentar esa intermediación, coincido con quienes sostienen que la actuación de las plataformas digitales –por sus particularidades concretas- ubica a los titulares de las mismas en el catálogo de proveedores que integran la cadena de distribución y comercialización, sometidos al cumplimiento del sistema de tutela del consumidor. Se trata, en efecto, de proveedores de servicios de comercio electrónico que mediante la utilización de recursos tecnológicos diversos, crean un ámbito, lo organizan y gestionan, a efectos de facilitar el contacto y la realización de transacciones entre los usuarios (en lo que aquí interesa, proveedores oferentes con consumidores destinatarios).

El tránsito por la plataforma importa la adhesión a los términos y condiciones allí preestablecidos y, con ello, la formalización de un contrato con los usuarios (proveedores y consumidores), cuyo objeto es la provisión de un servicio singular, según se hace constar allí de modo expreso. En ese reglamento de uso, la plataforma procura definir (y, en su caso, diferenciar) la tipología del servicio ofrecido, con una innegable pretensión de distinguir las obligaciones asumidas y, consecuentemente, limitar su eventual responsabilidad.

Cabe destacar, por un lado, que si bien es posible formular un distingo en relación al servicio que proveen las plataformas digitales de comercialización -diferenciando el “sector mercado de productos” (*market-place*) del “sector publicación de avisos”- en la práctica, esas diferencias técnicas resultan imperceptibles para el consumidor que transita por el medio digital pues “en el plano fáctico no existe una apariencia diferenciada sino, por el contrario, absolutamente homogénea. El diseño y la organización del servicio en *sectores*, es una decisión estratégica del titular de la plataforma, invisible para el usuario, que acude al sitio confiando en la profesionalidad del proveedor, en su experticia particular y en la seguridad que genera esa apariencia de solvencia técnica de la “marca”.

Por otra parte, y más relevante aún, es que la inclusión de una actividad en el ámbito de aplicación del régimen protectorio del consumidor o su eventual exclusión, no depende de la voluntad del proveedor en cuestión. El alcance de las obligaciones asumidas y su eventual responsabilidad no determinan a partir de los términos y condiciones predispuesto por el titular de la plataforma. Establecer los presupuestos que definen la aplicación de sistema de tutela especial es una potestad reservada al legislador que, en su caso, determinará los supuestos de exclusión, que por razones de política legislativa considere de justificación suficiente.

Mucho se ha dicho respecto de la ausencia de una regulación especial en materia de servicios en entornos digitales, en general, y -en particular- respecto de la eventual responsabilidad por daños a los usuarios de las plataformas. Se ha señalado asimismo, la insuficiencia de la regulación existente para dar respuestas adecuadas a la creciente conflictividad de la actividad. Ambas posturas han sido puestas en cuestión por quienes sostienen que la ausencia de normas particulares, en modo alguno autoriza a echar mano de soluciones normativas de Derecho comparado, en tanto el Derecho nacional ofrece “un vasto marco normativo”, con respuestas que permiten resolver las controversias conforme los principios y directivas que

emanan de la Constitución Nacional, del bloque de constitucionalidad, del código unificado, de la ley especial N° 24.240 y demás dispositivos legales que integran el sistema protectorio del consumidor, sin olvidar el valioso aporte de la reglamentación generada por la autoridad de aplicación.

En la búsqueda de respuestas ajustadas a las singularidades del fenómeno del comercio electrónico y a la diversidad de derechos implicados, se ha señalado enfáticamente que “el tema que nos ocupa es mucho más que una cuestión de derecho del consumidor, que deba ser resuelta exclusivamente a la luz de sus normas, reglas y principios. Se insiste en proponer “prudentes matizaciones, que permitan armonizar esa relevante (y muy necesaria) tutela jurídica con otros derechos constitucionales que deben ser ponderados y protegidos, en particular el derecho a la información, que lleva ínsito en su seno el de acceder a internet de manera igualitaria, sin discriminaciones, y de efectuar y recibir difusiones a través de la web”.

En esa línea argumental, un sector de opinión descarta “la aplicación directa y automática de la responsabilidad objetiva de la responsabilidad objetiva y solidaria del art. 40 LDC”, por interpretar que “la plataforma no siempre puede ser considerada como un intermediario en la cadena de comercialización”, sujeto a dicho régimen legal.

En el mismo sentido, se advierte que “no es adecuada la generalización de una respuesta para situaciones jurídicamente disímiles. Por ello, es central realizar *a priori* una correcta calificación de las relaciones jurídicas que se establecen, pues en cada uno de los contratos la plataforma asume distintas obligaciones que requieren de respuestas jurídicas específicas”.

La ausencia del marco regulatorio particular o su alegada insuficiencia han unido los caminos de un sector importante de la doctrina autoral que propone acudir a las respuestas ofrecidas por el Derecho comparado, evaluando su eventual recepción en el ámbito local. Siguiendo aquella orientación, la propuesta es hacer un distingo que contemple, por un lado, los diferentes tipos de plataformas de que se trata y, por otro, el rol neutro/pasivo o activo que las mismas asumen, tal como lo ha receptado la normativa europea, la norteamericana y la brasileña, en la región.

En esta línea de interpretación, se señala que al evaluar la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por daños que eventualmente sufran los consumidores, resultaría aplicable “el estándar de responsabilidad fijado para los buscadores de internet” tal como ya lo han

sostenido algunos tribunales nacionales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes relevantes.

Al formular algunas precisiones adicionales a los distinguos propuestos, se señala que el servicio de intermediación prestado por las plataformas digitales se traduce en prestaciones diversas y con distintos niveles de intervención; y de allí que su eventual responsabilidad deba contemplar el grado de incidencia -“neutra”, “coadyuvante” o “ineludible”- en el vínculo que, en su caso, entablen el proveedor/oferente con el consumidor.

A esta altura del desarrollo y aun admitiendo que la responsabilidad de los titulares de las plataformas digitales debe juzgarse de conformidad a su tipología, a los modelos de negocios que las definen y a la actuación concretamente desplegada, creemos que tales argumentos resultan insuficientes para desplazar la aplicación del régimen protectorio del consumidor con sus notas definitorias y, en particular, lo concerniente al factor objetivo de atribución y a las eximentes de interpretación restrictiva.

Oportuno es reiterar que las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985, reformadas en 1999 y 2015, en materia de protección del consumidor electrónico, establecen que “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)”. El principio de equiparación de derechos del consumidor digital se complementa, en efecto, con el de equiparación de responsabilidades del proveedor que despliega su actividad en ese mismo ámbito.

La responsabilidad de las plataformas quedará comprometida cuando el daño padecido por el consumidor damnificado se conecte causalmente con la actividad concretamente desplegada por aquélla; y en razón de ello es que cobra singular relevancia analizar la actuación concreta de quien diseña el espacio, organiza el servicio a suministrar y ofrece sus recursos tecnológicos para facilitar el contacto de los usuarios destinatarios y la realización de contrataciones en ese ámbito concreto.

La apariencia de solvencia profesional, el prestigio de la marca, el dominio de los recursos tecnológicos disponibles, el volumen de negocios ofrecidos, la predeterminación de las reglas de uso y el tránsito masivo de usuarios en la plataforma, generan confianza en los consumidores. En efecto, la organización del sistema responde a un modelo de negocio que se construye sobre la base de un esquema de confianza institucional y confianza

distribuida, que no puede ser soslayado. Y ante la duda de quién debe soportar los riesgos de la lesión de la confianza, no cabe sino concluir que deberán recaer en quien asume el rol de organizador de la red y de quien aporta los recursos tecnológicos para la dinámica y funcionamiento de ese entramado contractual (arts. 991, 1065, 1067, 1073 y 1074 CCyC).

Acentuar la tutela de la confianza del consumidor digital es un mandato indeclinable, ante la evidencia de que su vulnerabilidad de base se ve agravada por la anti-naturalidad del hecho tecnológico y por el sometimiento inexorable a las reglas de tránsito impuestas por el organizador de la red y del sistema.

La actuación de los proveedores que ofrecen, publicitan y contratan con consumidores en ese espacio digital, no puede considerarse ajena a la actividad desplegada por la plataforma de intermediación. Se trata de terceros directamente implicados en la dinámica de la intermediación ofrecida a los usuarios que transitan el sitio. La plataforma, en ocasiones, presta una asistencia consistente en optimizar la presentación de ofertas de ciertos productos o servicios, o los promueve directamente; o respalda las operaciones mediante garantías de “compra segura” o “entrega segura”, etc.; o estimula las transacciones con sistemas de puntuación o calificaciones de los proveedores oferentes; prestaciones que refuerzan la confianza en el sistema.

Por otra parte, y no obstante las objeciones planteadas por calificada doctrina, coincido con quienes interpretan que teoría de la conexidad contractual (conf. arts. 1073 a 1075 CCyC) contribuye a sostener estos argumentos.

Las plataformas de *marketplace*, con independencia de que las operaciones se concreten con su intermediación o no, se verifica una tríada de contratos conexos de base: 1) el contrato entre el usuario-proveedor y el usuario-consumidor (contrato de consumo), 2) el contrato entre el usuario-proveedor y la plataforma (contrato por adhesión), y 3) el contrato entre el usuario-consumidor y la plataforma (contrato de consumo), sin soslayar que red contractual puede sumar otros contratos conexos en lo relativo a sistema de pagos, entregas o envíos, etc.

La plataforma ocupa el rol de organizador de este particularísimo sistema contractual, por lo que sus acciones repercuten directamente en la causa supracontractual y en todos los contratos ligados a ella. La interpretación coordinada de la conexidad contractual del sistema general,

con los principios y reglas del sistema protectorio especial permiten resolver la distribución de los riesgos de una dinámica contractual singular. Refuerza esta idea, la propuesta regulatoria contenida en el art. 65 de los proyectos de Código de Defensa del Consumidor presentados en los últimos años en el Congreso nacional.

La situación de las plataformas digitales podría ser objeto de una regulación particular, como lo ha sido en el Derecho comparado. Y por ello, si el Congreso decidiera que razones de política legislativa justifican su abordaje en un cuerpo legal diferenciado o bien una norma expresa de exclusión o con condicionamientos para la aplicación del régimen protectorio del consumidor, así debe hacerlo.

“Soplan vientos de reformas” en el Derecho del Consumidor argentino. Las iniciativas de codificación en nuestro país ratifican el emplazamiento de la temática aquí analizada en el régimen protectorio, con normas particulares sobre la contratación a distancia, la recepción expresa del principio de equiparación de derechos de los consumidores en el entorno digital, la obligación de suministrar información con el estándar más elevado considerando la especial vulnerabilidad del consumidor, el reconocimiento expreso de “otros derechos del consumidor”, la traslación del riesgo en cabeza del proveedor por pérdida o deterioro de los bienes transportados, directivas en materia de rescisión por medio electrónico y –en lo que aquí interesa- con un dispositivo particular referido a la responsabilidad de las plataformas.

El debate está abierto. Hacemos votos para que el Congreso Nacional incorpore a la agenda legislativa esta temática, de abordaje necesario e impostergable.

RESPONSABILIDAD DE CASINOS, CRIPTOCASINOS E INFLUENCERS

Por Mario Rodolfo Leal¹, Marco Rossi² y Franco Orellana³

I. CONCLUSIONES

1. Es necesario proporcionar información clara y accesible sobre los riesgos asociados con los juegos de azar y criptocasinos.
2. Se debe prohibir de forma efectiva la publicidad de juegos de azar dirigida a menores de edad.
3. Corresponde bloquear el acceso a portales de apuestas extranjeros.
4. Advertimos la falta de regulación de los contratos publicitarios entre influencers y plataformas de juegos de azar para garantizar que no promuevan conductas adictivas ni engañen a los consumidores.

¹ Abogado, Juez Vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) con la máxima distinción Summa Cum Laude. Es Director del Centro de Estudios de Nuevas Tecnologías y Bioderecho del Siglo XX y profesor titular en las cátedras de Derecho Civil y Derecho Privado en la UNT. También es profesor en la Universidad San Pablo Tucumán, donde coordina investigaciones en derecho civil y biotecnología. Ha dirigido numerosos proyectos de investigación y es autor de libros y artículos sobre derecho civil, biotecnología y propiedad intelectual, y ha recibido múltiples premios por su contribución académica y científica.

² Abogado especializado en innovación y tecnología. Doctor “honoris causa” por la Federación Iberoamericana de Abogados, tiene un diplomado en Metaverso, Gaming y Web 3.0 por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Actualmente es Director del Laboratorio DYNTEC en la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y funcionario en la justicia laboral de Tucumán. Docente en la Universidad San Pablo Tucumán y la UNT, también coordina el suplemento “Abogacía Práctica Digital” de la Editorial EIDial y es autor de libros sobre innovación legal, incluyendo “Metaverso y resolución de conflictos” y “Chat GPT: ¿una IA que revolucionará la abogacía?”.

³ Abogado, diplomado en Metaverso, Gaming y Web 3.0 por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Relator en el Juzgado del Trabajo de la 9ª Nominación de Tucumán, es investigador y docente en la UNT. Subdirector del Laboratorio DYNTEC de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, coautor de “Metaverso y resolución de conflictos” y de la “Guía de uso de IA en el aprendizaje práctico del derecho”.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, hemos sido testigos de un notable aumento en la publicidad de casinos y criptocasinos en redes sociales. Esta tendencia ha sido impulsada en gran medida por los influencers, figuras digitales con una gran capacidad de persuasión, que utilizan sus plataformas para promocionar estos servicios a sus seguidores. Los influencers han cambiado la forma en que las empresas se conectan con sus audiencias, convirtiéndose en intermediarios poderosos que pueden influir en las decisiones de consumo de miles, si no millones, de personas.

En el mundo de los casinos y criptocasinos, los influencers juegan un rol crucial al dar legitimidad y atractivo a estas plataformas. A través de publicaciones patrocinadas, videos en vivo y colaboraciones, los influencers presentan estos servicios como oportunidades emocionantes y lucrativas. Sin embargo, esta promoción no está exenta de riesgos y controversias. La ludopatía y los fraudes financieros son problemas reales que pueden afectar a los consumidores, especialmente a los más jóvenes y vulnerables, que son los principales usuarios de las redes sociales.

Este fenómeno plantea importantes cuestiones legales y éticas sobre la responsabilidad de los influencers y las plataformas digitales que permiten y facilitan estas promociones. La falta de una regulación clara y efectiva deja a los consumidores desprotegidos frente a prácticas potencialmente dañinas y engañosas. Recordemos el capítulo de "Los Simpson" donde el señor Burns abre un casino en Springfield y Marge, atrapada por la emoción de las apuestas, desarrolla una ludopatía. Esta caricatura ilustra cómo la exposición constante y la accesibilidad a los juegos de azar pueden tener efectos devastadores en las personas, un riesgo amplificado por la promoción en redes sociales.

El objetivo de esta ponencia es analizar en profundidad la responsabilidad de los influencers en la promoción de casinos y criptocasinos en entornos digitales. Para ello, comenzaremos con una revisión del marco teórico y legal existente, evaluando cómo se aplica a la promoción de juegos de azar y criptomonedas en redes sociales. A continuación, se examinarán casos y precedentes legales relevantes, tanto a nivel nacional como internacional, que puedan ofrecer lecciones útiles para mejorar la regulación.

Finalmente, se propondrán medidas y recomendaciones para una regulación más estricta y efectiva que proteja a los consumidores y responsabilice a los influencers y las plataformas por sus acciones. Al abordar estos aspectos, esperamos arrojar luz sobre un tema de creciente relevancia y contribuir a un debate informado y constructivo sobre la protección del consumidor en la era digital.

2. MARCO TEÓRICO Y LEGAL

a) Definición y tipos de publicidad digital

La publicidad digital se refiere a todas aquellas formas de comunicación de marketing que utilizan plataformas digitales para promocionar productos o servicios. Entre los tipos más comunes de publicidad digital se encuentran los anuncios en redes sociales, la publicidad en motores de búsqueda, los banners en sitios web, el marketing de contenido y los videos publicitarios. En el caso de los casinos y criptocasinos, estas estrategias se potencian a través de influencers, quienes utilizan su presencia en redes sociales para llegar a audiencias específicas y generar confianza en los productos que promociona⁴.

b) Regulaciones actuales sobre publicidad de juegos de azar y criptocasinos

En Argentina, la publicidad de juegos de azar y criptocasinos está sujeta a diversas regulaciones que buscan proteger a los consumidores y mantener la integridad del mercado. La Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual establece que la publicidad debe ser veraz, honesta y digna de confianza, respetando los principios de la moral y las buenas costumbres. Esta ley también impone restricciones específicas para evitar la promoción de juegos de azar a menores y prevenir la ludopatía.

En el ámbito de las criptomonedas, la situación es más compleja. A nivel nacional, no existe una ley específica que regule los criptocasinos. Sin embargo, cada provincia puede establecer sus propias normativas. Por

⁴ Anónimo. (2023). "Los derechos de las audiencias en entornos digitales: mapa regulatorio, propuestas e iniciativas en América Latina y Europa". Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría del Público

ejemplo, Buenos Aires ha sido pionera en adoptar legislación en esta materia, concediendo licencias a casinos nacionales e internacionales para operar legalmente en la provincia. Esta regulación busca garantizar que las actividades de los criptocasinos se realicen de manera justa y transparente, aunque aún queda mucho por definir en términos de protocolos y medidas de seguridad⁵.

c) Análisis de normativas internacionales y nacionales

A nivel internacional, existen diversas normativas que regulan la publicidad de juegos de azar y criptocasinos. En la Unión Europea, por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) impone estrictas normas sobre cómo las empresas pueden manejar y utilizar los datos personales de los usuarios, incluyendo aquellos recolectados a través de la publicidad digital. Además, varios países europeos han implementado leyes específicas para regular la publicidad de juegos de azar, prohibiendo su promoción en horarios y canales accesibles a menores de edad.

En cuanto a las criptomonedas, algunos países han adoptado enfoques proactivos para regular su uso y promoción. Japón, por ejemplo, ha establecido un marco regulatorio que exige a los intercambios de criptomonedas registrarse y cumplir con estrictas normas de seguridad y transparencia. Este enfoque podría servir como modelo para Argentina, donde la falta de una legislación federal clara ha llevado a un enfoque fragmentado y desigual en la regulación de los criptocasinos.

En Argentina, además de la Ley 26.522, otras leyes relevantes incluyen la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Lealtad Comercial, que buscan proteger a los consumidores de prácticas comerciales engañosas y abusivas. La Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública también es relevante, ya que garantiza que los consumidores puedan acceder a la información que las empresas recolectan sobre ellos y cómo se utiliza esta información.

⁵ Cripto Tendencias. (2024, 2 de abril). “¿Cómo funcionan las leyes en Argentina para los criptocasinos?” Criptotendencias Recuperado de https://www.criptotendencias.com/opinion/como-funcionan-las-leyes-en-argentina-para-los-criptocasinos/.

3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INFLUENCERS

a) Descripción de las prácticas publicitarias de los influencers

Los influencers han transformado radicalmente el panorama publicitario, aprovechando su alcance y credibilidad para promocionar una amplia gama de productos y servicios, incluidos los casinos y criptocasinos. Actualmente, tanto pequeños influencers con más de 20.000 seguidores como aquellos con millones de seguidores tienen contratos con estas plataformas de apuestas. Estos contratos suelen incluir la promoción de códigos promocionales, acceso a juegos, y la demostración en vivo de ellos jugando en casinos online, a menudo disfrazados como juegos de habilidad en lugar de apuestas tradicionales. Esta estrategia está diseñada para atraer a una audiencia más amplia y minimizar la percepción negativa asociada con los juegos de azar.

Las publicaciones patrocinadas en redes sociales como Instagram, YouTube y TikTok permiten a los influencers mostrar sus ganancias y el proceso de juego en un entorno casual y atractivo. Los videos en vivo y las historias instantáneas ofrecen un sentido de autenticidad y conexión personal, lo que puede influir poderosamente en sus seguidores. Este tipo de contenido puede hacer que los juegos de azar parezcan más accesibles y menos arriesgados, atrayendo a usuarios potenciales sin una comprensión completa de los riesgos involucrados.

b) Evaluación de los riesgos y consecuencias para los consumidores

La promoción de casinos y criptocasinos por parte de influencers presenta varios riesgos significativos para los consumidores. Uno de los principales problemas es el contacto prematuro con los juegos de azar, especialmente para niños y adolescentes que están expuestos a este tipo de publicidad. La normalización de los juegos de azar a una edad temprana puede fomentar tendencias hacia la ludopatía, creando una generación de jóvenes predispuestos a comportamientos adictivos. La exposición constante a estos contenidos puede desensibilizar a los jóvenes sobre los riesgos del juego y hacer que vean las apuestas como una actividad recreativa normal y sin consecuencias.

Además, los consumidores adultos también están en riesgo. Aquellos que ya tienen problemas con la ludopatía pueden verse tentados por estas

promociones, exacerbando sus comportamientos adictivos. La presentación de los juegos de azar como juegos inofensivos y la falta de claridad sobre las probabilidades de ganar puede llevar a decisiones de juego mal informadas, resultando en pérdidas financieras significativas y en deterioro del bienestar mental y emocional de los consumidores.

c) Casos y precedentes legales relevantes

En varios países, ya se han tomado medidas legales para abordar estos problemas. En Argentina, por ejemplo, el gobierno porteño ha bloqueado el acceso a sitios de apuestas en la red de internet de las escuelas públicas como una medida preventiva para proteger a los menores de edad de la exposición prematura a los juegos de azar⁶. Este tipo de acción destaca la preocupación creciente por el impacto negativo de la publicidad de juegos de azar en jóvenes y la necesidad de regulaciones más estrictas.

Otro caso relevante es la denuncia contra una plataforma de apuestas en Argentina por ofrecer dinero para jugar, lo que llevó a la primera demanda colectiva contra una empresa de casino online en el país⁷. Este precedente subraya la responsabilidad de las plataformas de apuestas y los influencers en la promoción de actividades potencialmente perjudiciales y la necesidad de establecer marcos regulatorios que protejan a los consumidores.

A nivel internacional, el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) en la Unión Europea impone estrictas normas sobre la transparencia y el consentimiento informado, lo que podría servir como un modelo para la regulación de la publicidad de juegos de azar y criptocasinos en Argentina. Estas normativas buscan asegurar que los consumidores estén

⁶ . Infobae. (2024, mayo 25). “El gobierno porteño bloqueó los sitios de apuestas en la red de internet de las escuelas públicas”. Infobae. Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/2024/05/25/el-gobierno-porteno-bloqueo-los-sitios-de-apuestas-en-la-red-de-internet-de-las-escuelas-publicas/>.

⁷ Página/12. (2024, junio 14). “No va más: denuncian a una plataforma de apuestas por dar dinero para jugar”. Página/12. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/744458-no-va-mas-denuncian-a-una-plataforma-de-apuestas-por-dar-din>.

completamente informados sobre los riesgos y términos de los servicios que se les promueven, protegiendo sus derechos y bienestar.

4. IMPACTO SOCIAL Y PSICOLÓGICO

a) Efectos de la publicidad de juegos de azar en la audiencia

La publicidad de juegos de azar en redes sociales tiene un impacto profundo y multifacético en la audiencia. Este tipo de publicidad utiliza estrategias de marketing sofisticadas para captar la atención de los usuarios, presentando los juegos de azar como una forma divertida y emocionante de entretenimiento. Sin embargo, esta representación glamorosa puede enmascarar los riesgos asociados con el juego, incluyendo la adicción y las consecuencias financieras negativas. La exposición constante a estos anuncios puede normalizar el juego y reducir la percepción de riesgo entre los usuarios, especialmente entre los más jóvenes.

b) Influencia en el comportamiento de los jóvenes y grupos vulnerables

Los jóvenes y otros grupos vulnerables son particularmente susceptibles a los efectos de la publicidad de juegos de azar. La adolescencia es una etapa crítica de desarrollo, donde las influencias externas pueden moldear significativamente el comportamiento y las actitudes. La publicidad de juegos de azar puede fomentar una percepción positiva del juego, presentándolo como una actividad socialmente aceptable y potencialmente lucrativa. Estudios han demostrado que la exposición temprana a los juegos de azar puede aumentar el riesgo de desarrollar comportamientos de juego problemático en el futuro⁸.

Los grupos vulnerables, definidos por su situación económica, social o psicológica, también corren un alto riesgo. La promesa de ganancias rápidas y fáciles puede ser especialmente atractiva para aquellos que enfrentan dificultades financieras, lo que puede llevar a decisiones impulsivas y perjudiciales. El concepto de "vulnerabilidad" se refiere a esta susceptibilidad aumentada al daño debido a las condiciones de vida adversas.

⁸ Feito, L. (2007). *Vulnerabilidad*. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra, 30*(Suplemento).

c) Testimonios y estudios sobre el impacto psicológico

Numerosos estudios y testimonios han documentado el impacto psicológico negativo de los juegos de azar. Los efectos incluyen estrés, ansiedad, depresión y, en casos extremos, conductas suicidas. La adicción al juego es una condición reconocida que puede devastar la vida de los individuos y sus familias. Un estudio reciente sobre el sistema de recompensa variable, similar al utilizado en los juegos de azar, muestra cómo estos mecanismos pueden enganchar a los usuarios, explotando las respuestas dopaminérgicas del cerebro para mantener el comportamiento adictivo⁹.

Un ejemplo revelador es el de Juan, un joven de 22 años que comenzó a jugar en línea influenciado por los videos de un conocido influencer. Al principio, Juan veía el juego como una forma inofensiva de pasar el tiempo y potencialmente ganar dinero. Sin embargo, en poco tiempo, se encontró gastando más dinero del que podía permitirse, lo que le llevó a endeudarse gravemente y experimentar una profunda ansiedad. Este caso ilustra cómo la influencia de las redes sociales puede llevar a comportamientos de juego problemático y resalta la necesidad de una regulación más estricta.

En conclusión, la publicidad de juegos de azar en redes sociales tiene un impacto significativo en la audiencia, especialmente en los jóvenes y grupos vulnerables. La normalización del juego y la glamorización de las apuestas pueden fomentar comportamientos de riesgo y conducir a graves consecuencias psicológicas y financieras. Es fundamental abordar estos riesgos a través de una regulación adecuada y campañas de concienciación que eduquen a los consumidores sobre los peligros del juego y promuevan prácticas de juego responsable.

5. PROPUESTAS DE REGULACIÓN

⁹ -Sáez, H. (2024). *Un sistema para engancharlos a todos: El sistema de recompensa variable*. Recuperado de https://medium.com/@hugo_saez/un-sistema-para-engancharlos-a-todos-el-sistema-de-recompensa-variable-i-89f14b010fd6

a) Recomendaciones para regular la publicidad de juegos de azar y criptocasinos

Para abordar los desafíos de la publicidad de juegos de azar y criptocasinos, es esencial implementar una regulación robusta que contemple tanto la protección del consumidor como la prevención de prácticas publicitarias engañosas. La legislación debe tener en cuenta el principio de territorialidad, ya que las conductas digitales permiten que casinos y criptocasinos situados en el extranjero utilicen la influencia de los influencers locales para captar a personas que, según la legislación local, contarían con cierta protección.

b) Posibles enfoques legislativos y medidas de control

1. **Transparencia y Consentimiento Informado:** Las plataformas deben ser obligadas a proporcionar información clara y accesible sobre los riesgos asociados con los juegos de azar y criptocasinos. Esto incluye la publicación de advertencias sobre el potencial de adicción y las consecuencias financieras negativas.

2. **Prohibición de Publicidad Dirigida a Menores:** Es crucial implementar medidas que prohíban estrictamente la publicidad de juegos de azar en plataformas accesibles para menores de edad. Las sanciones por incumplimiento deben ser severas para disuadir a las empresas y influencers de dirigirse a este grupo vulnerable.

3. **Bloqueo de Acceso a Portales de Apuestas Extranjeros:** Dado que muchas de estas plataformas operan desde el extranjero, se deben establecer mecanismos tecnológicos para bloquear el acceso a estos sitios desde el territorio nacional. Esto puede incluir la cooperación con proveedores de servicios de internet para restringir el acceso a dominios específicos.

4. **Regulación de Contratos Publicitarios:** Los contratos entre influencers y plataformas de juegos de azar deben estar sujetos a revisión para garantizar que no promuevan conductas adictivas o engañen a los consumidores sobre los riesgos. Además, los influencers deben estar obligados a divulgar claramente cualquier relación comercial con estas plataformas.

c) Ejemplos de mejores prácticas internacionales

1. Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) en la UE: Este reglamento es un ejemplo de cómo proteger los datos personales y garantizar el consentimiento informado de los usuarios. Las normas del GDPR podrían adaptarse para incluir requisitos específicos sobre la publicidad de juegos de azar y criptocasinos.

2. Prohibiciones y Restricciones en Países Nórdicos: En países como Noruega y Suecia, existen regulaciones estrictas que prohíben la publicidad de juegos de azar en medios accesibles para menores. Estas regulaciones también incluyen restricciones sobre el contenido y el enfoque de las campañas publicitarias.

3. Supervisión y Auditoría en Reino Unido: La Comisión de Juegos de Azar del Reino Unido supervisa y audita las actividades de las plataformas de juegos de azar para garantizar el cumplimiento de las normativas. Esta práctica podría servir como modelo para establecer una entidad reguladora que supervise las actividades publicitarias de casinos y criptocasinos en Argentina.

RESPONSABILIDAD DE WORLD COIN EN EL ESCANEAMIENTO DE IRIS: PERSPECTIVAS LEGALES Y ÉTICAS

Por Mario Rodolfo Leal¹, Marco Rossi² y Franco Orellana³

I. CONCLUSIONES

1. **Riesgos de Privacidad:** El escaneo de iris plantea serios riesgos para la privacidad y la seguridad de los datos biométricos.
2. **Estrategias Publicitarias:** Las tácticas de marketing de World Coin podrían inflar artificialmente el valor de la criptomoneda, aprovechando la vulnerabilidad económica de las personas.
3. **Necesidad de Regulación:** Se requiere una regulación estricta para proteger tanto la privacidad de los datos biométricos como la estabilidad económica de los usuarios.
4. **Transparencia y Consentimiento:** Es fundamental garantizar la transparencia en la recolección y uso de datos biométricos, asegurando un verdadero consentimiento informado de los usuarios.

¹ Abogado, Juez Vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) con la máxima distinción Summa Cum Laude. Es Director del Centro de Estudios de Nuevas Tecnologías y Bioderecho del Siglo XX y profesor titular en las cátedras de Derecho Civil y Derecho Privado en la UNT. También es profesor en la Universidad San Pablo Tucumán, donde coordina investigaciones en derecho civil y biotecnología. Ha dirigido numerosos proyectos de investigación y es autor de libros y artículos sobre derecho civil, biotecnología y propiedad intelectual, y ha recibido múltiples premios por su contribución académica y científica.

² Abogado especializado en innovación y tecnología. Doctor “honoris causa” por la Federación Iberoamericana de Abogados, tiene un diplomado en Metaverso, Gaming y Web 3.0 por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Actualmente es Director del Laboratorio DYNTEC en la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y funcionario en la justicia laboral de Tucumán. Docente en la Universidad San Pablo Tucumán y la UNT, también coordina el suplemento “Abogacía Práctica Digital” de la Editorial EIDial y es autor de libros sobre innovación legal, incluyendo “Metaverso y resolución de conflictos” y “Chat GPT: ¿una IA que revolucionará la abogacía?”.

³ Abogado, diplomado en Metaverso, Gaming y Web 3.0 por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Relator en el Juzgado del Trabajo de la 9ª Nominación de Tucumán, es investigador y docente en la UNT. Subdirector del Laboratorio DYNTEC de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, coautor de “Metaverso y resolución de conflictos” y de la “Guía de uso de IA en el aprendizaje práctico del derecho”.

5. Protección Económica: Se deben implementar medidas legislativas para evitar la formación de burbujas financieras y proteger a los consumidores de riesgos económicos.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En un escenario digno de la más cautivadora ciencia ficción, las calles de Tucumán presentan una escena distópica que bien podría pertenecer a una novela de Philip K. Dick. En medio de una crisis económica que arrastra a más de la mitad de la población por debajo de la línea de pobreza, largas filas de personas esperan pacientemente su turno para someterse al escaneo de sus ojos. La promesa: 60 dólares en criptomonedas a cambio de su iris, una oferta tentadora para quienes buscan un alivio en medio de la desesperación.

World Coin, una empresa internacional, ha introducido en el país su polémico dispositivo "orb". Este aparato, al capturar el patrón único del iris, ofrece a los usuarios un "pasaporte virtual", asegurando que los datos no se almacenan sino que se eliminan tras la creación del perfil. Sin embargo, la inquietud persiste. Las promesas de seguridad y eficiencia en aplicaciones financieras globales no logran disipar el temor sobre la privacidad y el control de información tan personal como el iris (Mayer, 2020).⁴

Imaginemos por un momento una escena de "Blade Runner", donde la tecnología avanzada y el control biológico se mezclan en una visión del futuro que parece extrañamente cercana. En Tucumán, los jóvenes se alinean en la avenida Siria, ansiosos por participar en este nuevo tipo de intercambio digital. Las autoridades locales, sorprendidas y preocupadas, vigilan con atención cómo se desarrolla esta dinámica, donde la necesidad económica se enfrenta a la innovación tecnológica (Página/12, 2024b)⁵.

⁴ MAYER, V. I. (2020). "Protección de datos biométricos en Argentina: Análisis del marco legal vigente y de las tecnologías incorporadas a su almacenamiento" [Tesis de maestría, Universidad de Buenos Aires].

⁵ Página/12. (2024b, 14 de junio). "La empresa que hace el escaneo de iris podría ser multada en 1000 millones de pesos: La Provincia de Buenos Aires imputó a Worldcoin

World Coin argumenta que su método no sólo es seguro, sino que podría marcar el comienzo de un ingreso universal garantizado. No obstante, la sociedad está profundamente dividida. Mientras algunos apoyan la idea de utilizar la tecnología para diferenciar a los humanos de las IA y establecer un nuevo sistema económico, otros ven con recelo la entrega de datos biométricos a una entidad privada. En un contexto de incertidumbre y necesidad, la línea entre la esperanza y la explotación se vuelve cada vez más difusa.

Este análisis del fenómeno buscará desentrañar las múltiples capas de esta compleja realidad. Exploraremos el marco legal vigente, las implicancias éticas y sociales, y la posible necesidad de establecer límites claros a las estrategias publicitarias de criptomonedas en entornos digitales. Al sumergirnos en este estudio, buscamos arrojar luz sobre una cuestión crucial: ¿Estamos preparados para las consecuencias de esta nueva frontera tecnológica?

2. MARCO TEÓRICO Y LEGAL

a) Definición y uso del escaneo de iris

El escaneo de iris es una tecnología biométrica que captura una imagen del patrón único del iris de una persona, que se encuentra en la parte coloreada del ojo. Este patrón es utilizado para verificar la identidad del individuo con una precisión notablemente alta. El proceso se realiza mediante un dispositivo especializado, como el "orb" de World Coin, que escanea y crea un perfil digital del iris. La biometría del iris es altamente confiable debido a la complejidad y la estabilidad del patrón del iris a lo largo del tiempo, permitiendo su uso en aplicaciones de seguridad, control de acceso y verificación de identidad (ADC, 2017)⁶.

b) Legislación actual sobre protección de datos biométricos

En Argentina, la protección de los datos personales, incluidos los datos biométricos, está regulada principalmente por la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Esta ley establece que los datos personales

por 'cláusulas abusivas''. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/729368-la-empresa-que-hace-el-escaneo-de-iris-podria-ser-multada-en>

⁶ Asociación por los Derechos Civiles. (2017, mayo). "Desafíos de la biometría para la protección de datos personales". Buenos Aires, Argentina.

son "información de cualquier tipo referida a personas físicas determinadas o determinables". Los datos biométricos, al permitir la identificación de una persona, entran en esta categoría y se consideran datos personales sensibles. La ley impone restricciones estrictas sobre el tratamiento de estos datos, exigiendo el consentimiento libre, expreso e informado del titular y estableciendo que dichos datos no pueden ser almacenados sin una justificación legal adecuada (Mayer, 2020).

La legislación argentina también prevé la inscripción obligatoria en el Registro Nacional de Bases de Datos para cualquier entidad que desee recolectar y almacenar datos personales, incluyendo los biométricos. La Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública complementa este marco legal, garantizando el derecho de las personas a acceder a la información que sobre ellas se recopile y procese.

c) Normativas internacionales y nacionales aplicables

A nivel internacional, el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea es un referente clave en la regulación de la protección de datos personales y biométricos. El GDPR clasifica los datos biométricos como datos sensibles y establece que su tratamiento está generalmente prohibido, salvo bajo condiciones específicas como el consentimiento explícito del interesado o razones de interés público significativo (ADC, 2017).

El GDPR ha influido significativamente en la legislación argentina. La Ley 25.326 se alinea con varios principios del GDPR, incluyendo el consentimiento informado, la necesidad de medidas de seguridad adecuadas y el derecho de los individuos a acceder, rectificar y eliminar sus datos personales (Mayer, 2020).

El uso de datos biométricos en Argentina ha sido un tema de creciente relevancia, especialmente con la implementación de sistemas como SIBIOS, que centraliza datos biométricos de la población para fines de seguridad pública. Este sistema ha sido objeto de debate por sus implicancias sobre la privacidad y el potencial uso indebido de la información recolectada.

Mientras la tecnología biométrica ofrece herramientas poderosas para la verificación de identidad, su implementación debe ser cuidadosamente regulada para proteger los derechos fundamentales de las personas. La normativa argentina, influenciada por estándares

internacionales como el GDPR, proporciona un marco para esta protección, pero su aplicación efectiva es crucial para prevenir abusos y garantizar la privacidad de los datos biométricos.

3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE WORLD COIN

a) Descripción de las prácticas de World Coin

World Coin, una compañía internacional, ha ganado notoriedad en Argentina y otros países por su propuesta de intercambiar criptomonedas por datos biométricos. El proceso consiste en el escaneo del iris y el rostro de las personas mediante un dispositivo llamado "orb". Esta información se utiliza para generar una "Identidad Digital única a nivel mundial" conocida como World ID, que permite a los usuarios acceder a la criptomoneda World Coin a través de una aplicación denominada World App. Según World Coin, el proyecto tiene como objetivo crear una economía digital global más inclusiva y equitativa, y hasta la fecha, han registrado a casi 3 millones de usuarios en más de 120 países.

b) Evaluación de los riesgos y beneficios del escaneo de iris

El escaneo de iris como método biométrico tiene ventajas claras en términos de precisión y seguridad. La tecnología es altamente efectiva para la verificación de identidad debido a la singularidad y estabilidad del patrón del iris. Sin embargo, la recolección de estos datos sensibles plantea riesgos significativos para la privacidad y la protección de los datos personales. A diferencia de una contraseña, los datos biométricos no pueden ser cambiados una vez comprometidos, lo que los convierte en un objetivo atractivo para usos indebidos (Mayer, 2020).

Los beneficios del sistema propuesto por World Coin incluyen la promesa de una identificación segura y la posibilidad de un ingreso básico universal en forma de criptomonedas. Sin embargo, los riesgos inherentes incluyen el potencial uso indebido de los datos biométricos, la falta de transparencia en cómo se almacenan y procesan estos datos, y las posibles violaciones a la privacidad. La recopilación de datos biométricos también podría facilitar la vigilancia masiva y la identificación sin consentimiento en entornos digitales, erosionando aún más la privacidad individual.

c) Casos y precedentes legales similares

El proyecto de World Coin ha generado controversias y ha sido objeto de investigaciones y medidas regulatorias en varios países. En España, las autoridades prohibieron temporalmente el escaneo de iris por parte de World Coin debido a preocupaciones sobre la protección de datos personales y el riesgo de cesión a terceros (TN, 2024).⁷ En Argentina, la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) inició una investigación en agosto de 2023 para determinar si las prácticas de World Coin violan la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. La AAIP solicitó a la empresa que proporcione detalles sobre las categorías de datos procesados, los fines del procesamiento, y las medidas de seguridad implementadas para proteger estos datos.

Además, la Provincia de Buenos Aires imputó a World Coin por "cláusulas abusivas" en sus contratos de adhesión. Las autoridades detectaron contradicciones en la información proporcionada por la empresa y la falta de transparencia en el manejo de los datos biométricos. Entre las irregularidades, se encontraron cláusulas que permiten a la empresa interrumpir el servicio sin compensación y la renuncia a reclamos colectivos, aplicando leyes extranjeras en disputas legales, lo que contradice las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Estos precedentes legales reflejan una creciente preocupación sobre la recolección y uso de datos biométricos por parte de empresas privadas. Las investigaciones y sanciones impuestas en varios países subrayan la necesidad de un marco regulatorio robusto que proteja los derechos de los individuos y garantice la transparencia y seguridad en el manejo de datos personales sensibles.

4. IMPLICANCIAS DE LAS ESTRATEGIAS PUBLICITARIAS DE CRIPTOMONEDAS

a) Impacto del escaneo de iris en la privacidad y los derechos individuales

El escaneo de iris, a pesar de las inquietudes que genera, no representa una amenaza significativa para la privacidad y los derechos

⁷ TN. (2024, 6 de marzo). "España prohibió el escaneo de iris a Worldcoin, la app furor en Argentina por pagar 30 dólares por tus datos". Recuperado de <https://tn.com.ar/tecnologia/novedades/2024/03/06/espana-prohibio-el-escaneo-de-iris-a-worldcoin-la-app-furor-en-argentina-que-paga-30-dolares-por-tus-datos>

individuales en el contexto actual. Muchas otras tecnologías ya recopilan y utilizan nuestros datos biométricos de manera rutinaria, como los teléfonos celulares con desbloqueo facial o dactilar (ADC, 2017). Lo que distingue a World Coin es su capacidad para capitalizar el revuelo mediático y social que genera su método de recolección de datos biométricos, lo que incrementa la circulación de su criptomoneda.

El verdadero debate no radica en el uso del escaneo de iris en sí, sino en las implicancias económicas de estas estrategias. La controversia surge cuando se cuestiona si la demanda de la criptomoneda de World Coin está siendo artificialmente inflada por el propio proceso de recolección de datos. Este aumento de demanda podría potencialmente crear una burbuja económica que, de explotar, tendría consecuencias significativas para los usuarios y el mercado en general. En este sentido, la estrategia publicitaria basada en la recopilación de datos biométricos podría ser vista como una táctica para manipular el mercado y generar una percepción de valor que no se sostiene por fundamentos económicos sólidos.

b) Perspectivas de los consumidores

Desde la perspectiva de los consumidores, la propuesta de World Coin puede parecer atractiva, especialmente en un contexto económico difícil. La posibilidad de recibir criptomonedas a cambio de datos biométricos ofrece un alivio financiero inmediato. Sin embargo, muchos consumidores pueden no estar plenamente conscientes de las implicaciones a largo plazo de ceder sus datos biométricos. La falta de información clara y accesible sobre cómo se almacenan, protegen y utilizan estos datos puede llevar a una toma de decisiones mal informada. Además, la confianza en la empresa puede verse erosionada si surgen problemas relacionados con la seguridad de los datos o si la criptomoneda pierde su valor de manera abrupta.

c) Debate ético sobre la recopilación y uso de datos biométricos como estrategia publicitaria

El uso de datos biométricos como parte de una estrategia publicitaria plantea serias cuestiones éticas. La recopilación de datos tan sensibles para fines comerciales puede ser vista como una explotación de la vulnerabilidad de los individuos, especialmente en contextos económicos precarios. La estrategia de World Coin de ofrecer criptomonedas a cambio de datos biométricos no solo utiliza la novedad tecnológica para atraer usuarios, sino

que también podría estar creando una dependencia del ingreso generado por esta práctica.

Además, existe una preocupación legítima sobre la transparencia y el consentimiento informado. Los consumidores deben ser plenamente conscientes de las implicaciones de compartir sus datos biométricos, y las empresas deben garantizar que estos datos se manejen con el máximo respeto por la privacidad y la seguridad. En muchos casos, las políticas de privacidad y los términos de servicio son complejos y difíciles de entender, lo que puede llevar a una falta de verdadero consentimiento informado.

El debate ético se intensifica cuando consideramos la potencial creación de una burbuja económica. Si la demanda de la criptomoneda se basa en estrategias publicitarias más que en su valor intrínseco, los consumidores corren el riesgo de perder su inversión si la burbuja estalla. Esto plantea la cuestión de si es ético que una empresa utilice tácticas que pueden manipular el mercado y poner en riesgo el bienestar financiero de sus usuarios.

5. PROPUESTAS DE REGULACIÓN

a) Recomendaciones para una regulación más estricta

La regulación de proyectos como World Coin debe ir más allá de la mera protección de datos biométricos. Aunque estos datos son importantes, el núcleo del problema reside en la estructura de promoción de la criptomoneda. Cada escaneo de iris no solo implica la recopilación de datos sensibles, sino también la creación y circulación de más criptomonedas. Esto genera una demanda artificial que puede inflar el valor de la criptomoneda, creando un flujo de circulación que no se sostiene en fundamentos económicos sólidos. Es crucial que una regulación más estricta aborde estos aspectos subyacentes. Las leyes deben incluir disposiciones para controlar cómo las empresas promueven y distribuyen sus criptomonedas, asegurando que las prácticas no induzcan a los consumidores a participar en esquemas que podrían resultar en la captación de ahorros y la eventual pérdida de valor de la moneda. La legislación debe enfocarse en evitar técnicas de marketing engañosas que desvían la atención de los consumidores de los riesgos reales asociados con tales inversiones.

b) Posibles enfoques legislativos y medidas de control

1. **Transparencia y consentimiento informado:** Las empresas deben ser obligadas a proporcionar información clara y accesible sobre cómo se manejan y protegen los datos biométricos y los riesgos asociados con la criptomoneda. Los contratos y términos de servicio deben ser comprensibles para todos los usuarios, garantizando un verdadero consentimiento informado.

2. **Regulación del marketing y promoción:** Es esencial que las leyes limiten las tácticas de marketing que puedan inflar artificialmente el valor de la criptomoneda. Las empresas deben ser transparentes sobre los mecanismos que afectan el valor de la moneda y evitar crear expectativas irreales en los consumidores.

3. **Supervisión y auditoría de empresas:** Se deben establecer mecanismos de supervisión y auditoría regular para garantizar que las empresas cumplan con las normativas y no incurran en prácticas abusivas. Esto incluye la revisión periódica de las políticas de manejo de datos y las estrategias de promoción.

4. **Protección contra burbuja financiera:** La legislación debe prever mecanismos de protección para evitar la formación de burbujas financieras. Esto puede incluir requisitos para mantener una reserva de valor en activos tangibles o limitar la emisión de nuevas criptomonedas en función de criterios económicos claros.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y RESARCITORIA APLICADA A LOS BUSCADORES DE INTERNET SEGÚN LOS PARÁMETROS DE LA CORTE NACIONAL

Por Diego Alejandro Lo Giudice¹

I. CONCLUSIONES

1. Incluso si no generan la amenaza de un daño, las empresas que manejan los buscadores son quienes se encuentran en mejor situación para prevenirlo.
2. A partir de la toma de conocimiento, “depende” de ellos evitar el daño. Sin embargo, es necesario recordar que la Corte Nacional distinguió entre aquellos supuestos en los que el contenido es manifiestamente ilícito (deben actuar) y cuando no lo es (debe disponerlo la autoridad judicial).
3. En ese supuesto, si se mantienen en una situación pasiva podrían incurrir en responsabilidad.
4. Puede existir relación de consumo con el usuario, pero ello no implica que sea responsable en todos los casos, sino que tiene deberes reforzados en cuanto a información, trato digno, etc.

II. FUNDAMENTOS

1. ASPECTOS GENERALES

La tecnología ha avanzado de modo significativo. Comenzó influyendo en cuestiones simples y se fue extendiendo a ámbitos cada vez más complejos, como la búsqueda de información, transacciones,

¹ Magíster en Derecho Privado (UNR). Doctorando en Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, con plan de tesis presentado (UCA). Profesor Superior en Derecho (UCA), Profesor de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños (UNR -JTP- y UCA -asistente-). Profesor de Taller de Jurisprudencia (UCA - asistente). Profesor de Clínica Jurídica (UCA - asistente). Profesor de Teoría de la Reparación (UNR – JTP). Participante en proyectos de investigación. Presidente del Instituto de Derecho de Daños del Colegio de Abogados de Rosario. Con el aval de Maximiliano Cossari (Profesor protitular en Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños -UCA- y profesor adjunto -UNR-).

comunicación entre contratantes, etc. La injerencia en estos sectores genera muchas dudas en el ámbito jurídico. Mientras se producen nuevos programas y aplicaciones, el derecho va detrás. Nunca llega a contemplar todas las soluciones para las nuevas vicisitudes que origina la informática.

Internet se convirtió en un mecanismo importante para facilitar la celebración de distintos contratos. Por ejemplo: a) la celebración de una compraventa o locación por Mercado Libre, Marketplace, Amazon, páginas de inmobiliarias, etc.; b) contratación de servicios por parte de distintas empresas, ya sea de internet, telefonía, suscripciones, etc.; c) mutuos dinerarios; y d) prácticamente cualquier otro tipo de negocio jurídico.

Sin embargo, aparece un primer problema: la ausencia de una normativa clara. En ocasiones, ello se ha relativizado, entendiéndose que basta con aplicar el derecho vigente a los supuestos que se presenten. En el estudio denominado Internet y las redes numéricas², se ha dicho: "...contrariamente a lo que se oye a veces, el conjunto de la legislación existente se aplica a los actores de la Internet, principalmente las reglas de protección del consumidor y las que garantizan el respeto del orden público. No existe y no hay ninguna necesidad de un Derecho específico de la Internet y de las redes: éstas son espacios en los cuales cualquier tipo de actividad puede practicarse y todas las reglas que regulan un dominio particular (publicidad, fiscalidad, propiedad intelectual...) tienen vocación de aplicarse".

Más allá de que el derecho actual bien aplicado puede solucionar la cuestión, sería importante contar con una regulación que resuelva ciertas cuestiones específicas y despeje las dudas al respecto. No parece indispensable que sea exhaustiva, sino que pueda resolver los problemas más importantes y cuente con una redacción amplia, que permita extender su alcance.

Es necesario tener en cuenta algunos aspectos:

i. La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, efectuada el 1 de junio de 2011 por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, destacó en el punto 1.a: "...la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación". A su vez, en el punto 6.a, agregó: "los Estados

² Elaborado por la Asamblea General del Consejo de Estado francés el 2/7/98, por pedido del primer ministro. *Conseil d'Etat, France, Section du rapport et des études*, "La documentation Française", París, 1998.

tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres”.

Por otra parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet⁴.

ii. Otro de los grandes problemas es la jurisdicción aplicable. Existe una “aterritorialidad”, en la que cualquier usuario del mundo puede acceder a la red⁵ y que presenta problemas legales como los relativos a establecer si

³ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet", 29 de junio de 2012, párrafo 1º; CIDH, "Libertad de Expresión e Internet", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 31 diciembre de 2013, párrafo 2º; CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Costa Rica, No. 12.367, Caso "la Nación Mauricio Herrera Ulloa y Fernan Vargas Rohrmoser", 28 de enero de 2002. Párr. 97; CSJN, 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios", *Fallos*: 337:1174.

⁵ THOMSON, Federico G., "Daños causados a través de buscadores de internet", *La Ley* 2010-D-1003.

se trata de contratos entre presentes o ausentes, como así también si son compraventas a distancia⁶. Por ello, Lorenzetti considera que existe un nuevo espacio: el cibernético o ciberespacio, que es distinto del espacio físico⁷.

iii. Debemos preguntarnos: ¿Es aplicable la noción de proveedor? Y, en su caso, ¿con qué alcances?

Entendemos que puede darse, pero la situación es muy amplia. Dentro de la red converge una multiplicidad de situaciones y debe analizarse cada una de ellas en concreto (titulares de páginas web, buscadores, etc.).

iv. También es necesario tener en cuenta que el alcance es cada vez más amplio. Algunos de los problemas más frecuentes son los siguientes:

a) Las redes sociales tienen tanto fines de entretenimiento, como de comunicación e incluso laborales. Se generan distintos problemas que cada vez son más difíciles de controlar. El inconveniente es que, más allá de sus notables beneficios, también muestran "...una faz negativa, porque pueden constituir instrumentos de hostigamiento, de mensajes de odio y de violencia. Se mencionan hasta doce supuestos o modalidades de violencia digital: cyberbullying (acoso psicológico); ciberacoso (ataques personales con información confidencial y falsa); trata de imágenes (venta de fotografías); grooming (acercamiento a menores con fines sexuales); phishing (suplantación de identidad); pornovenganza (difusión de imágenes, íntimas sin consentimiento), etcétera"⁸

b) Las *fake news*⁹ son cada vez más frecuentes. Se ha detectado que "las noticias falsas en Twitter van seis veces más rápido que las verdaderas; una falsedad tiene 70% más de probabilidad de ser retuiteada que algo cierto;

⁶ LORENZETTI, Ricardo, "Comercio electrónico y defensa del consumidor", *La Ley* 2000-D-1003

⁷ *Ibidem*. Explica el autor que el término "ciberespacio" proviene del inglés y ha sido tomado de la novela "Neuromancer", de William Gibson (1984) y se ha difundido ampliamente.

⁸ GALDÓS, Jorge M., "La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales", *ebook-TR* 2021 Tobías, 126, *La Ley Online* AR/DOC/3462/2020.

⁹ En tal sentido, puede verse la obra de MELO, Verónica, *Fake news*, Buenos Aires, La Ley, 2022.

el 1% de las noticias falsas más difundidas llegan a entre 1000 y 100.000 personas”¹⁰.

c) La inteligencia artificial abre un mundo de posibilidades, que recién comienza y que probablemente tenga una notable expansión¹¹.

d) Los buscadores de internet han avanzado a pasos agigantados.

En definitiva, la tecnología cada vez avanza más y el derecho no podrá seguirla; eso es seguro. Lo que sí parece factible es tratar de delinear algunas reglas generales, que puedan otorgarnos una pauta para aplicar en esos supuestos.

2. LA SITUACIÓN FRENTE A LA PUBLICACIONES AGRAVIANTES

En este tema existen dificultades de interpretación y los fallos no son uniformes¹². La realidad es que la construcción doctrinaria y jurisprudencial al respecto se desarrolló antes de la existencia de redes sociales y medios digitales. Hoy en día, la cuestión es distinta, porque las personas se relacionan muchas veces dentro de estos espacios, dan opiniones encontradas —las que, en muchos casos, son sostenidas con vehemencia—, se utilizan como medio de publicidad, se encuentran allí los personajes públicos, políticos, etc., quienes dan sus opiniones sobre temas delicados. Además, las publicaciones o los comentarios se mantienen durante mucho tiempo.

Vale decir, mientras que antes las opiniones quedaban casi siempre limitadas a la esfera privada o solamente se vertían en ciertos ámbitos concretos (medios de comunicación, disertaciones, etc.), actualmente —y en cuestión de segundos— se puede realizar un comentario en una red social o publicar un video que llegue a cientos, miles o millones de personas. La opinión pública se ha generalizado, lo que tiene sus aspectos positivos y negativos. Los supuestos de afectación al honor son cada vez más frecuentes y las pautas todavía no han sido totalmente aclaradas.

¹⁰ GALDÓS, “La prevención del daño en las nuevas tecnologías...”, op. cit.

¹¹ SANTARELLI, Fulvio G., “Una inteligencia artificial responsable. Propuestas de encuadramiento y método para una regulación de la inteligencia artificial responsable”, *La Ley* 09/08/2023, 1, *La Ley* 2023-D, 338, *La Ley Online* AR/DOC/1851/2023.

¹² GALDÓS, “La prevención del daño...”, op. cit.

Creemos que la cuestión debe analizarse entre dos parámetros: a) por un lado, no puede generalizarse la restricción y la situación actual impone una mayor tolerancia hacia las opiniones vertidas y las críticas, que ya se han vuelto una moneda común (así, por ejemplo, el simple hecho de expresar la disconformidad con un servicio, con la actuación de un profesional o la justicia no debe implicar una restricción); b) en cambio, desde otro punto de vista, también debe prestarse una mayor atención a las violaciones de derechos personalísimos, porque la masificación les otorga la posibilidad a una gran cantidad de individuos no sólo de opinar, sino también de agredir, difamar, discriminar, divulgar secretos, etc.

3. LA PREVENCIÓN POR PARTE DE LOS BUSCADORES O INTERMEDIARIOS DE INTERNET¹³

a) Aspectos generales

Actualmente, los buscadores de internet manejan una cantidad inmensa de información y son fundamentales para la vida diaria. Lo que antes implicaba una averiguación exhaustiva, hoy se encuentra allí con gran facilidad. Sin embargo, también generan múltiples inconvenientes porque, justamente, ponen todos esos datos a disposición del mundo entero. El citado fallo “Rodríguez”¹⁴ puso en el escenario el debate sobre la prevención y la responsabilidad en estos supuestos.

Los motores de búsqueda tienen una importancia enorme en la vida cotidiana, lo que ha sido reconocido por importantes tribunales y organizaciones a nivel nacional e internacional¹⁵.

Cabe recordar, en primer lugar, que no existe una normativa específica aplicable a estas situaciones en nuestro derecho.

¹³ Puede verse al respecto: LUCCHESI, Mauro D., “Prevención y libertad de expresión. Estándares jurídicos aplicables en el caso de los buscadores de internet”, *La Ley* 08/11/2023, 1, *La Ley Online* AR/DOC/2737/2023

¹⁴ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 337:1174.

¹⁵ “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, citada *ut supra*, del 1º de junio de 2011 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014; CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 337:1174.

A pesar de ello, es aplicable la libertad de expresión a los servicios de internet, debido a que el art. 1 de la Ley 26.032 establece que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. También se tiene en cuenta otra normativa que amplía este derecho a internet en general, que hemos mencionado en el apartado i (artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, realizada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA).

En Estados Unidos la Corte Suprema mostró un criterio estricto al respecto. Se había acusado a los buscadores de haber omitido tomar medidas frente a los videos subidos por ISIS y facilitar de ese modo la comisión de un acto terrorista. El tribunal rechazó la responsabilidad del buscador, debido a que los algoritmos son parte de la infraestructura a través de la cual se filtra el contenido en sus plataformas y que los buscadores no son más culpables que de la creación de correo electrónico, teléfonos celulares o de servicios de internet en sus plataformas mediáticas¹⁶.

La cuestión está teniendo un avance protectorio en Europa, con la sanción de la Ley de Servicios Digitales. Allí se dispuso que “las plataformas tendrán que compartir más información con los reguladores sobre cómo moderan el contenido, deciden qué ven los usuarios y utilizan la inteligencia artificial. Deberán permitir que investigadores y empresas de auditoría examinen los datos internos para verificar si también están siguiendo las reglas. Además, las plataformas ahora estarán obligadas a facilitar que los usuarios denuncien contenido que consideran ilegal, y tendrán que eliminarlo rápidamente si aquel infringe la ley. También deberán informar a los usuarios si su contenido se elimina u oculta; y explicar por qué. Ya no se permitirán anuncios dirigidos si se basan en datos personales sensibles, como la religión y la orientación sexual, y se prohibirá el uso de datos personales para mostrar anuncios a niños y adolescentes”¹⁷.

Al fin y al cabo, la cuestión se decidirá mediante una comparación de los intereses en juego. Es sabido que la libertad de expresión es muy

¹⁶ Suprema Corte de Estados Unidos, 18/5/2023, "Twitter Inc. v. Taamneh et al." (598 U.S. 471 -2023-), TR LALEY US/JUR/3/2023.

¹⁷ LUCCHESI, ob. cit.

importante, por ser uno de los pilares del sistema democrático, pero otros derechos, como el honor, pueden merecer también una fuerte protección.

b) Análisis de las pautas del Máximo Tribunal

b.1. Responsabilidad de los buscadores. Eliminación de contenidos

En el fallo “Rodríguez”, la Corte tomó la legislación comparada y consideró que “los ‘buscadores’ no tienen una obligación general de ‘monitorear’ (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. Sobre esa base, concluye que los ‘buscadores’ son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado”¹⁸.

Por otra parte, si bien la Cámara había entendido que “...las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘real malicia’ están específicamente concebidas en torno a la difusión de informaciones inexactas por parte de un medio periodístico (ya se trate de prensa escrita, radio o televisión), y no pueden extrapolarse sin más a casos distintos”¹⁹, la mayoría del Máximo Tribunal la asimiló plenamente. Agregó que la admisión de una pretensión destinada a eliminar los contenidos implicaría eliminar algunas otras páginas no relacionadas y tampoco llegaría a borrar todas las direcciones necesarias. Por ello, sería necesario aplicar los criterios que contemplan la libertad de expresión (considerandos 23 y siguientes).

¹⁸ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 337:1174. Allí menciona en el mismo sentido el artículo 15.1 de la directiva europea 2000/31 EC y el art. 85 p. de la ley chilena Nro.17.336, modificada por la ley 20.345, de mayo del 2010; artículo 18 de la ley brasileña 12.965 sobre "Marco Civil de Internet" (abril de 2014); artículo 17.1 de la ley española 34 de 2002; artículo 230 de la *Communications Decency Act* de Estados Unidos.

¹⁹ CNCiv., sala A, 13/05/2013, “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, *La Ley Online* AR/JUR/21886/2013. En este sentido, Lorenzetti manifiesta que “el autor de un mensaje digital no da lugar a la misma responsabilidad que la que tiene un periodista profesional que publica sus ideas en la prensa escrita, con derecho a preservar el secreto de la fuente y con severos límites en cuanto a su responsabilidad. El mensaje digital no está vinculado a un autor determinado, y puede ser emitido por una empresa que vende cosméticos, por un particular que quiere agraviar a otro, por un agente del gobierno, por una sociedad intermedia que protege el ambiente o por otra que es partidaria de los derechos de los homosexuales. Esta diversidad impide la analogía directa con la doctrina jurisprudencial elaborada con relación a la responsabilidad de la prensa” (LORENZETTI Ricardo L., *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 266/267).

Debe tenerse en cuenta, además, que la Corte distingue si los daños fueron ocasionados por la difusión de informaciones inexactas (doctrina “Campillay”), noticias verdaderas (debe existir un interés público prevaleciente) o simples opiniones (existe libertad en los asuntos de interés público, salvo que se trate de manifestaciones insultantes)²⁰.

Por otra parte, es necesario recordar que el criterio de “Rodríguez” luego fue reproducido en el fallo “Gimbutas”²¹ y se mantuvo también un criterio estricto en “Denegri”²².

En otro caso, la Corte entendió que no correspondía a Google quitar los contenidos que habían sido subidos a la red contra un secretario de una universidad pública al que se acusaba de agredir a estudiantes de una agrupación política, debido a que estaba en juego el interés público. Por tal motivo, se decidió: “...la orden de eliminar provisoriamente determinadas sugerencias de búsqueda, cesar en la difusión de ciertas direcciones vinculadas al nombre del actor y eliminar contenidos almacenados por el buscador, implica un acto de censura que interrumpe el proceso comunicacional, pues al vedar cautelarmente el acceso a dicha información impide la concreción del acto de comunicación —o al menos, dada la importancia que reviste Google como motor de búsqueda, lo dificulta sobremanera—, con independencia de que en relación a sus potenciales receptores sea su primera manifestación o su repetición. Desde este enfoque, la decisión del *a quo* configura una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información de interés público, y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina de Fallos:

²⁰ LUCCHESSI, ob. cit., quien refiere a varios fallos de la CNCiv, Sala "A", con votos del Dr. Picasso L. n.º 84.116/2005 "B. L. B. y Otros c/ Grondona Mariano y Otros s/ Daños y Perjuicios", 10/5/2019; L. n.º 96102/2006 M., R. E. c/ Arte Radio Televisivo Argentino S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios" y "A. de C., G. B. c/ Arte Radio Televisivo Argentino S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", 23/3/2021; L. n.º 13246/2013 "D., Z. N. c/ Estrellas Satelital S.A. s/ daños y perjuicios", 30/6/2022, entre otros.

²¹ CSJN, 12/9/2017, “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 340:1236.

²² CSJN, 28/6/2022, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, *Fallos*: 345:482. Si bien la cuestión giró sobre el derecho al olvido, el Máximo Tribunal dejó en claro que

315:1943; 337:1174), cuya adopción lejos ha estado de encontrarse justificada”²³.

La mayoría de las veces los buscadores no ofrecen contenido en forma directa, sino que su función consiste en vincular una búsqueda a los demás sitios. Tampoco parecen ser parte de una cadena de comercialización en los términos del art. 40 LDC

Ello no implica que tengan impunidad, sino que debe analizarse la cuestión con esos alcances.

b.ii. La prevención del daño

La Corte no consideró posible la prevención, al referirse a futuras vinculaciones. Sin embargo, también existe una aplicación de esta función con relación a las ya existentes, en cuanto se busca no agravar el daño.

A pesar de ello, coincidimos con la disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda (considerando 31), en cuanto expresaron: “...cabe considerar la procedencia de una tutela preventiva —ante una amenaza cierta de daño— orientada tanto a eliminar otros enlaces existentes —no identificados— que vinculen el nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico, como a evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de la mismas características, todo ello con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora”²⁴.

Entendemos que la afectación de la libertad de expresión es mínima en estos supuestos y alcanza para aminorar los alcances de la afectación a otros derechos fundamentales.

Aquí se advierte otro aspecto delicado: la configuración de la antijuridicidad. Se ha reconocido en el fallo que existe un ejercicio regular de un derecho por parte del buscador, por lo que, en principio, no parecería viable una acción preventiva. Sin embargo, una vez notificado el intermediario de la situación y teniendo en cuenta la afectación de derechos

²³ CSJN, 3/12/2019, “Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias”, *Fallos*: 342:2187.

²⁴ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 337:1174.

fundamentales del actor, consideramos que corresponde la eliminación de los enlaces hasta la medida de lo posible. La conducta antijurídica, en estos casos, consistiría en el abuso del derecho e implicaría continuar afectando la intimidad de la persona luego de conocer la situación. Sobre todo, considerando que lo puede hacer sin gran esfuerzo. Es decir, lo que inicialmente comenzó como un ejercicio regular, dejaría de serlo tras la notificación (judicial o extrajudicial según corresponda) que le impondría un deber de actuar al buscador.

Por otra parte, en el fallo “Denegri”, más allá de haberse tomado una posición restrictiva, el Máximo Tribunal destacó la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática del funcionamiento de los algoritmos para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios (quienes se encuentran sujetos a sus decisiones)²⁵. Con ello muestra una actitud tendiente a evitar la producción de estos daños.

Deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- Incluso si no generan la amenaza de un daño, las empresas que manejan los buscadores son quienes se encuentran en mejor situación para prevenirlo.

- Por ello, si se mantienen en una situación pasiva podrían incurrir en responsabilidad. Sin embargo, es necesario recordar que la Corte Nacional distinguió entre aquellos supuestos en los que el contenido es manifiestamente ilícito (deben actuar) y cuando no lo es (debe disponerlo la autoridad judicial)²⁶.

b.iii. La toma de conocimiento por parte de los buscadores

La Corte, aunque no dispuso la prevención de los daños, explicó en el considerando 17 que “hay casos en que el ‘buscador’ puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado *efectivo conocimiento* de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente” y luego, al referirse a los países que tienen como principio la irresponsabilidad de los intermediarios, recordó que en ellos “a partir del momento del efectivo

²⁵ CSJN, 28/6/2022, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, Fallos: 345:482.

²⁶ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 337:1174.

conocimiento del contenido ilícito de una página web, la ‘ajenidad’ del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa” aunque finalmente no decidió sobre el punto debido al modo en que le llegó a consideración. La disidencia expresamente lo entendió como un comportamiento antijurídico (considerando 21)²⁷.

En el fallo se sostuvo, además, que ese conocimiento puede generar una responsabilidad subjetiva, siguiendo la postura mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia hasta el momento²⁸. En caso contrario —explica— se los estaría condenando sólo por “facilitar” la llegada a la información²⁹ y desalentaría la actividad. Tal responsabilidad por culpa surgiría ante el efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido³⁰ y la falta de un actuar diligente posterior.

²⁷ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 337:1174.

²⁸ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet”, *Jurisprudencia Argentina* 14/11/2012, p. 3/28; FRENE, Lisandro, “Responsabilidad de los ‘buscadores’ de Internet”, *La Ley* 2009-F, 1219; CNCiv., sala D, 10/8/2010, “D. C., V. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/Ds. y ps.”, *La Ley Online* AR/JUR/40066/2010; CNCiv., sala H, 5/12/2012, “B., E. C. c. Google Inc. y otros s/Ds. y ps.”, *El Derecho* ED-DCCCXVIII-6. En sentido contrario: BORDA, Guillermo J., “La responsabilidad de los buscadores en Internet por la vinculación de personas a través de páginas con contenido sexual”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 24/1/2011, 237; CNCiv., sala J, 31/8/2012, “K., A. P. c. Yahoo de Argentina S.R.L.”, *La Ley Online* AR/JUR/43110/2012.

²⁹ Ejemplifica del siguiente modo: “La pretensión de aplicar responsabilidad ‘objetiva’ en este tema, es de una llamativa insustancialidad. si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita -que, por hipótesis, debe ser condenada- no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél” (considerando nro. 16).

³⁰ Se ha sostenido que tal responsabilidad se configura en la medida en que el intermediario tenga posibilidad de control. Así lo dispuso la CNCiv., sala A, 13/05/2013, “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, *La Ley Online* AR/JUR/21886/2013. El tribunal señaló, con cita de Frene, que “...la aplicación de una responsabilidad objetiva a quienes explotan motores de búsqueda en Internet significaría en la práctica que todo perjuicio que sufra un individuo por algún contenido presente en la red derivaría en la responsabilidad del motor de búsqueda [...], lo cual o bien llevaría a estos últimos a una desmedida autorrestricción o bien, directamente, tornaría inviable su actividad, lo que perjudicaría seriamente la libre circulación de ideas e informaciones en la red, con lesión, en cualquier caso, de la libertad de expresión. Por no mencionar que una tan estricta regla de responsabilidad podría, incluso, alcanzar a otros intermediarios de Internet que facilitan el acceso a la red y, por consiguiente a los localizadores uniformes de recursos de terceros, como los proveedores de acceso a Internet”.

Sin embargo, se expidió *obiter dicta* sobre cuál debía ser el “efectivo conocimiento” que pueda provocar esa responsabilidad subjetiva y, en su considerando nro. 18, distinguió dos situaciones con claridad³¹:

a) Cuando “el daño es manifiesto y grosero”: Su ilicitud no requiere de una averiguación exhaustiva por parte del juez y basta con consultar el sitio de internet.

Ejemplifica con los siguientes supuestos: “Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, ~n forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”.

b) Aquellos casos en los que el daño es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento: Aquí debe realizarse una notificación administrativa o judicial para que el buscador deba actuar, porque no se le puede exigir que supla la función de la autoridad competente o de los jueces.

En este aspecto, se apartó de lo decidido por la Cámara, que había sostenido: “... basta a mi criterio con que hayan tomado conocimiento —en principio, mediante la comunicación del usuario— de la existencia del contenido nocivo para que se encuentren obligados a bloquearlo con prontitud, pues esa es la conducta esperable de un empresario diligente de la clase de las aquí demandadas”³².

Ahora bien, la Corte realizó esta distinción a los fines de la existencia de un factor subjetivo de atribución, pero no mencionó a la posibilidad de

³¹ Gil Domínguez habla de que en estos casos la vía es el hábeas internet y que la minoría creó el hábeas internet judicial preventivo (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Corte Suprema de Justicia y el nacimiento jurisprudencial del habeas internet”, SJA 19/11/2014, 19/11/2014, 55, La Ley Online AP/DOC/1538/2014).

³² CNCiv., sala A, 13/05/2013, “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, La Ley Online AR/JUR/21886/2013.

actuar preventivamente ni siquiera en los casos de una ilicitud grosera. Pareciera quedar únicamente la posibilidad de analizar la responsabilidad ulterior.

Sin embargo, al analizar la configuración de la culpa, pareciera desprenderse la obligación de bloquear los contenidos. Si el conflicto es judicial, no hay inconveniente, porque la notificación va a ordenarlo (y se dispone la prevención). Ahora bien, ¿qué sucede si la ilicitud es palmaria y no se realizó el bloqueo o si es rechazada la petición administrativa? En tales supuestos, creemos que puede utilizar la vía judicial para peticionar el bloqueo, más allá de la responsabilidad³³ que puede haberse generado hasta ese momento.

b.iv. Clases de vinculaciones

Es necesario distinguir:

a) Las futuras: Es el supuesto analizado en el fallo “Rodríguez”. Aquí el análisis es más estricto y solamente cabe eliminarlas en casos muy excepcionales, para no limitar la libertad de expresión (se asimila a la censura previa).

Allí se menciona, a modo de ejemplo excepcional, el caso “S., V. c/ M., D. A.”³⁴, en el cual se prohibió la publicación por medios masivos del nombre de un menor, que era hijo de un conocido futbolista y se encontraba tramitando el juicio de filiación. Se tomó como fundamento el interés superior del niño. Para decidir de ese modo, se tuvo en cuenta que este tipo de procesos son de carácter reservado, que se trataba de un menor con mayores dificultades para sobreponerse a una situación tal y que, por lo tanto, la eficacia de las reparaciones ulteriores debía analizarse con especial cuidado³⁵. Se limitó a la divulgación del nombre, que era lo estrictamente indispensable.

³³ Se advierte en el caso de ilicitud palmaria y no en el rechazo administrativo cuando no se da tal situación, porque todavía no existe el deber de prevenir, según los parámetros de la Corte.

³⁴ Voto del Dr. Lorenzetti en CSJN, "Di Nunzio, Daniel F. c/ The First Bank of Boston y otros s/ Habeas Data", *Fallos*: 329:5239.

³⁵ Pensamos que en materia de honor o intimidad, las reparaciones ulteriores nunca son eficientes. Lo que sucede es que la prevención muchas veces debe ceder ante un interés mayor, porque la libertad de expresión es uno de los pilares de la sociedad democrática.

b) Contenidos anteriores: La jurisprudencia ha resuelto numerosos precedentes relacionados con estos supuestos³⁶; aquí también juega esta garantía constitucional, pero su protección no es tan férrea.

Generalmente, se hace referencia al bloqueo o eliminación de vínculos futuros como prevención, excluyendo a los anteriores. Sin embargo, entendemos que ambos supuestos son parte de ella, solamente que en este último caso se trata de “no agravar” el daño.

c) *¿Existe relación de consumo?*

Creemos que puede existir relación de consumo con el usuario³⁷, pero ello no implica que sea responsable en todos los casos, sino que tiene deberes reforzados en cuanto a información, trato digno, etc.

d) *La jurisprudencia de otros tribunales*

Los juzgados inferiores también han tratado la cuestión:

- Frente a las acusaciones que se les realizaban a los actores, se le ordenó a Google suspender preventivamente el acceso de usuarios a un blog y arbitrar los medios para que no aparezca como resultado en el buscador³⁸.

- En otro caso, se le ordenó eliminar y bloquear las vinculaciones del nombre de la actora con los sitios denunciados, debido a que había enviado fotografías a una agencia de modelos y comenzó a trabajar en el Senado de la Nación. Se tuvo en cuenta la protección de la imagen y que no subsistía el consentimiento de la interesada³⁹.

³⁶ Tal como se analizará en el apartado siguiente.

³⁷ MANTEROLA, Nicolás I., “Responsabilidad obligacional de los buscadores de internet: Una mira contractual”, *La Ley* 22/12/2020, 6.

³⁸ CNFed.CC, Sala II, 27/12/2017, “S. C. F. y ot. c. Google Inc. s/ acción preventiva de daños”, *La Ley Online* AR/JUR/99034/2017.

³⁹ CNFed.CC, Sala II, 3/5/2019, “S. V. T. c. Google Inc s/ acción preventiva de daños”, *La Ley Online* AR/JUR/17970/2019.

- Se decidió el bloqueo, desindexación y eliminación de la vinculación del nombre y apellido de la actora con los sitios en los que se subió un video íntimo suyo⁴⁰.

- También se actuó para quitar los resultados vinculados a un episodio psiquiátrico que sufrió el actor⁴¹ o a la vinculación de la palabra “enfermo” con el nombre de un individuo (porque puede tratarse de un insulto o bien una invasión a su privacidad)⁴².

- Ante la creación de un sitio web con contenido inexacto que perjudicaba a los actores, se hizo lugar, durante el trámite, al pedido de intimación para que Google informe quién es el dueño del blog, fecha de creación, etc., mientras que la sentencia dispuso la suspensión del acceso al sitio, que se arbitren los medios para que no aparezca como resultado en el buscador y eliminar la versión en caché⁴³.

- Se rechazaron las pretensiones tendientes a eliminar resultados de búsqueda en los que las actoras aparecían vinculadas a un fiscal fallecido, debido a que se consideraba involucrado el interés público⁴⁴. Sin embargo, coincidimos con Galdós, en cuanto se trataba de fotos íntimas y no revestían interés general⁴⁵, más allá de que algunas personas pretendieran vincular su vida privada con su actuación en el cargo.

⁴⁰ JNFed.CC Nro. 4, 31/3/2021, “O. I., R. G. c. Google Inc. s/ Acción preventiva de daños”, *La Ley Online* AR/JUR/9854/2021.

⁴¹ CNFed.CC, sala II, 13/2/2015, “A., M. I. c. Google Inc. s/ incidente de medida cautelar”, *La Ley* 2015-B, 481.

⁴² CNFed.CC, sala III, 18/5/2015, “C. E. A. c. Google Inc. s/ hábeas data”, *La Ley* 30/06/2015, 6, *La Ley Online* AR/JUR/17474/2015. Sin embargo, se rechazaron las pretensiones de eliminar sitios en *Blogspot*, de suprimir comentarios y de que se quitaran los *thumbnails*. En todos los casos, se entendió que ello sería contrario a la libertad de expresión.

⁴³ JNFed.CC Nro. 7, 27/4/2022, WS. C., F y otro c/ Google Inc. S.A. s/ Acción preventiva de daños”, *La Ley Online* AR/JUR/162976/2022.

⁴⁴ CNCiv., sala H, 2/10/2015, “D. P. Y. D. c. Google Inc. y otro s/ art. 250, CPC - incidente civil”, *Microjuris* MJJ95456; CNFed.CC, sala III, 22/4/2016, WF., D. S. c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares – incidente”, *La Ley* 2016-D, 110.

⁴⁵ GALDÓS, “La prevención del daño...”, op. cit.

XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL DE 2024

UNIVERSIDAD AUSTRAL

COMISIÓN N° 4

PLATAFORMAS DIGITALES E INFLUENCERS: OBSTÁCULOS Y VACÍOS LEGALES EN LA PUBLICIDAD

Por Débora Tatiana Marhaba Mezzabotta¹

I. CONCLUSIONES

1. Respecto a los llamados “intermediarios de internet”, que son las variadas plataformas digitales, se debe avanzar en una revisión de la legislación vigente y proponer una superadora para evitar diferencias en soluciones jurídicas sobre un caso con hechos similares.

2. Se debe establecer de la manera más precisa posible cuándo un/a intermediario/a posee intervención o no en un vínculo entre dos partes.

3. De igual manera, es fundamental dejar aclarado que los términos y las condiciones de la plataforma, si bien pueden estar estandarizados, deben adecuarse a la normativa nacional para evitar diferencias como las que ocurren en materia publicitaria o de salud.

4. Antes de avanzar en dicha legislación se deberá consensuar y delimitar sobre qué aspectos regular respecto a las plataformas digitales, ya que se debe considerar en especial los aportes y las opiniones jurídicamente fundadas de los/as especialistas en libertad de expresión, entornos digitales y gobernanza de internet.

¹ Abogada UNLaM. Especialista en Administración de Justicia (UBA) y en contratos y daños (Universidad de Salamanca). Magíster en Magistratura por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Posee un diploma superior en tecnología, subjetividades y política (CLACSO) y otro en Gobernanza de Internet (Universidad Católica de Uruguay). Autora y coautora de libros, capítulos de libros y artículos sobre responsabilidad civil, derechos del consumidor y nuevas tecnologías. Docente de grado, Ayudante de Primera, en Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA), Cátedra Sandra M. Wierzba, adjunta en Derecho del Consumidor (UCES), Cátedra Gabriela Iturbide. Cuenta con el aval de la Dra. Sandra M. Wierzba para esta presentación.

5. Si llegar a consensos sobre la responsabilidad civil de los intermediarios de internet resulta dificultoso, podría iniciarse con una ley sobre publicidad que pueda aplicarse a distintos medios (digitales, analógicos) para poder armonizar la existente y disipar dudas sobre la aplicación.

6. Se deben distinguir especialmente en esta legislación las cuestiones que se verán abarcadas por el derecho a la libertad de expresión para aplicar las construcciones sobre este derecho en internet, pero si se acreditara una actividad comercial por el tercero que encuadra una relación de consumo, se deberá establecer que dicha actividad debe respetar la normativa al respecto como así también sus principios axiológicos.

7. No se debe legislar la publicidad hecha por *influencers* en un cuerpo normativo exclusivo al efecto, sino que se debe realizar un debate en nuestro campo del saber y en conjunto con disciplinas tales como la comunicación social y la ingeniería, para reunir en un cuerpo único la legislación sobre publicidad, ya que se encuentra dispersa en varias normativas.

II. FUNDAMENTOS

Previo a avanzar sobre una legislación sobre responsabilidad de intermediarios en internet o publicidad realizada por influencers resulta necesario concentrar en un único cuerpo legal toda la legislación sobre publicidad para evitar contradicciones y delimitar de manera más precisa cuáles se permitirán y cuáles no. Debe tratarse de una normativa que pueda aplicarse tanto a la plataforma digital como a todo/a usuario/a que interactúe en ella, como los/as influencers (se trate de personas humanas o no), ya que su actividad se encuentra condicionada y limitada por los propios términos y condiciones de la plataforma.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente no existe consenso respecto a los factores de atribución bajo los cuales debe analizarse la responsabilidad de las plataformas digitales en general. Tampoco en lo referente a los daños provocados en sus entornos cuando la víctima es un/a consumidor/a, en particular. Según se desprende de la jurisprudencia y de la doctrina se han aplicado factores de atribución subjetivos (culpa) cuando el/la demandado/a es un motor de

búsqueda o una plataforma de comercio electrónico por el contenido subido por un tercero que provocó un daño injusto y, por otro lado, se han aplicado factores objetivos a las plataformas de comercio electrónico por la aplicación de la Ley N° 24.240 por los mismos hechos².

Por otra parte, se debate en la doctrina qué posturas se tomarán respecto a los/as llamados/as *influencers*, cuando actúan como un tercero que difunde contenido que provoca daños al/a la consumidor/a, ya sea por incumplimiento contractual o por violación del deber genérico de no dañar. También, en especial, se debate acerca de la publicidad que los/as *influencers* efectúan y cómo esta debería regularse a los fines de compatibilizar sus actos con las dispersas legislaciones nacionales existentes en materia publicitaria³.

Hasta el momento se han desarrollado códigos de conducta para influenciadores/as con el fin de evitar la realización de publicidad ilegal; por otro lado, se han presentado proyectos de ley con el mismo objetivo⁴. Sin embargo, en las plataformas digitales proliferan conductas contrarias a la normativa legal nacional llevadas a cabo por *influencers* e, incluso, a veces hasta permitidas por las reglas privadas que fijan los/as propietarios/as de las plataformas en sus términos y condiciones o políticas de uso, que no son controladas por los Estados nacionales.

Consideramos que resulta indispensable actuar con suma cautela a la hora de pretender aplicar soluciones similares cuando se trata de objetos y ámbitos de aplicación distintos, como así también que, previo a evaluar cualquier disposición legal, resultaría beneficioso unificar la legislación sobre publicidad en un único cuerpo legal, que contribuya a lograr una solución armónica más allá de los ámbitos de aplicación, eventuales problemas de jurisdicción y competencia para aplicarlo.

Esta finalidad de legislar la publicidad en un único cuerpo legal, aplicable a las publicidades emitidas por los medios tradicionales como por

² SILVESTRE, Norma O., MARHABA, Débora T., OLIVERA, Federico E.; PAGLIUCA, Fernando, "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad en el contexto digital", en *RCyS* 2019-VI.

³ GÓMEZ NIETO, Begoña, "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", en *Methaodos, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 6, N° 1, 2018, pp. 149-156. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>

⁴ CONARP, "Influencers. Guía para la Comunicación con fines comerciales", 2020. Disponible en: www.conarp.org.ar/codigo.html

internet a través de las diversas plataformas de contenido, resultaría más beneficiosa que proyectar una que refiera únicamente a la actividad que realizan los/as *influencers*, toda vez que los contenidos que circulan en una plataforma trascienden a la plataforma misma mientras que las actividades de los/as *influencers* mutan conforme los usos que hacen de las herramientas que brindan estas estructuras tecnológicas y los términos y condiciones que dictan los/as propietarios/as de la plataforma de manera unilateral.

2. DESARROLLO

a) *Ecosistema y microsistemas de medios conectivos digitales*

El “ecosistema de medios conectivos” agrupa diversas plataformas digitales que interactúan con las normas sociales y culturales del mundo real⁵. Antes, la presencia en internet requería recursos complejos para crear una página web, pero las nuevas plataformas digitales han facilitado que cualquier persona con acceso a internet pueda tener visibilidad en múltiples espacios con contenido adaptado mediante simples pasos, guiados hasta por la propia plataforma.

Estas plataformas, en términos generales, son definidas como infraestructuras de *software* que facilitan el intercambio entre diferentes actores/as, desde proveedores/as de internet hasta redes sociales⁶. En menos de diez años han crecido bajo la premisa de hacer el mundo “más social” y conectar a las personas, aunque su interés real ha mutado, convirtiéndose en recursos valiosos para la captación de todo tipo de datos de sus usuarios/as⁷. Así, a pesar de que los/as usuarios/as se ven como libres y creativos/as, un análisis crítico revela que los/as principales actores/as detrás de estas plataformas controlan su funcionamiento y buscan beneficiarse de ellas.

De igual manera, fijan las pautas a través de los términos y políticas de uso y/o condiciones que limitan las actividades que realizan sus

⁵ VAN DIJCK, José, *La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales*, Siglo Veintiuno, 2a ed., Buenos Aires, 2019, p. 43.

⁶ SRNICEK, Nick, *Capitalismo de Plataformas*, Ed. Caja Negra, Buenos Aires, 2018, p. 45.

⁷ VAN DIJCK, José, “Redes sociales: una mirada crítica”, disertación auspiciada por la Fundación OSDE, 02/08/17. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fZQvnfZ9Ebc>

usuarios/as en ellas, por lo que, en lo que aquí interesa, también permiten y coartan la actividad de los/as *influencers* en ellas.

b) *Aspectos estructurales de las plataformas digitales*

Estas plataformas han desarrollado un “modelo de negocio” que se sugiere analizar a través de diferentes aspectos tales como su propiedad, gobierno, tecnología, usuarios/as y el contenido que en ellas circula⁸.

Con el transcurso del tiempo han evolucionado hacia funciones comerciales y de búsqueda, controladas por unas pocas empresas que establecen sus propias reglas, sin la intervención del Estado. Esto nos lleva a evaluar sería y detenidamente el impacto de estas pocas empresas que controlan la mayoría de las plataformas digitales que se utilizan a diario y sobre las cuales la población hasta ha montado sus propios negocios.

En cuanto al gobierno de estas plataformas digitales, al principio los/as usuarios/as tenían control sobre su contenido y se daban sus propias reglas, pero la llegada de grandes corporaciones condujo a la estandarización de reglas en forma de “términos y condiciones”, que constituyen contratos privados, impuestos unilateralmente por la plataforma, donde ni los/as usuarios/as ni el Estado participan. Si bien deben alinearse con las leyes locales y los derechos humanos, muchas veces esto no sucede (cláusulas abusivas, venta de medicamentos, entre algunos otros ejemplos).

Desde un punto de vista tecnológico, las plataformas ofrecen *software* que facilita el uso constante por parte de usuarios/as, recolectando y procesando datos que benefician a los/as propietarios/as de las plataformas, ya sea para uso propio o por intercambio. Esta recolección de datos transforma la interacción social en directrices programadas; cuantifica lo social, lo hace más ágil, lo que a menudo puede vulnerar derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la privacidad, al honor, a la salud, entre otros⁹.

⁸ VAN DIJCK, José, *La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2a ed., 2019, p. 65.

⁹ MARHABA M., Débora, “Modo de vida saludable y redes sociales: reflexiones sobre la vinculación de la salud, el cuerpo y la belleza en el entorno digital”, en Danesi, Cecilia, *Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y derecho*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2022, pp. 159-187.

Los/as usuarios/as, también llamados/as “produsuarios/as”¹⁰, no solo consumen contenido, sino que también lo generan, actuando como productores/as y receptores/as en la cultura digital. Aunque se apropian de la lógica de las plataformas, estas últimas obtienen, en comparación, más beneficios de su creatividad. Es importante considerar que los/as usuarios/as casi nunca pueden influir en las normas sociales digitales y en cómo interactúan con las plataformas. Muy pocas veces interfieren en las decisiones del gobierno de la plataforma definido por una empresa privada.

Por último, en lo referente al aspecto del “contenido” creado por los/as usuarios/as, como textos, imágenes y videos, plantea la necesidad de analizar la responsabilidad del/de la intermediario/a y del/de la creador/a, como en el caso de los/as *influencers*, desde una perspectiva nacional, toda vez que existen por parte de las plataformas términos y condiciones donde solo responsabilizan al/a la usuario/a que sube el contenido, sea de la naturaleza que sea.

c) Responsabilidad por los contenidos subidos a la plataforma

En Argentina no existe una legislación específica sobre la responsabilidad de los/as intermediarios/as digitales, pese a varios intentos sin éxito. Ante la falta de normativa, se sugiere que se apliquen las leyes vigentes, como la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la normativa interna, lo que de todos modos acarrea inconvenientes. Por ejemplo, la Ley Argentina Digital N° 27.078¹¹ excluye la regulación de contenidos en internet, garantizando la libertad de expresión en dicha red y también mediante una ley específica¹². Por otro lado, la ley de medios regula contenidos en medios tradicionales, lo que complica su aplicación en el ámbito digital.

La doctrina, la jurisprudencia y demás documentos jurídicos, por su parte, muestran posturas variadas sobre la regulación de las plataformas

¹⁰ SILVESTRE, Norma; WIERZBA, Sandra, “Economía colaborativa: concepto, regulación y responsabilidad civil” en *Las nuevas tecnologías y el Derecho, Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho, La Ley*, 2020. Disponible en: <http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2021/02/Instituto-DErecho-Civil.pdf>

¹¹ Ver: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/texact.htm>

¹² Ver: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=107145>

digitales, en especial los factores de atribución aplicables a los hechos que suceden en su entorno, lo que puede llevar a decisiones judiciales inconsistentes¹³. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) recomienda no aplicar un enfoque de responsabilidad objetiva a los intermediarios para proteger la libertad de expresión en internet, abogando por un enfoque subjetivo que evalúe la responsabilidad civil según la actividad del intermediario¹⁴. Los Principios de Manila¹⁵ también sugieren que los intermediarios no deben ser responsabilizados/as por contenido ilícito de terceros ni obligados/as a monitorear contenido proactivamente.

Sin embargo, la falta de normas legales claras provoca dificultades en la aplicación de principios de responsabilidad, ya que no todos los intermediarios operan de la misma manera en el entorno digital. Por lo tanto, se sugiere crear clasificaciones que ayuden a entender las diferencias y las responsabilidades de las distintas plataformas, dado que cada una presenta particularidades que complican la evaluación de su responsabilidad por el contenido que alojan.

d) *Influencers*

Los/as *influencers* se han convertido en figuras clave en el marketing moderno, destacándose en plataformas como Instagram, YouTube, Facebook, TikTok, X, entre otras. Si bien hay diferentes definiciones sobre lo que abarca este término, lo cierto es que los/as *influencers* se conceptualizan por el diseño de sí¹⁶, por la espectacularización de su

¹³ DEL CAMPO, Agustina; SCHATZKY, Morena; HERNÁNDEZ, Laura; LARA, Carlos, “Mirando Al Sur. Hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos en Internet”, CELE, Universidad de Palermo, 2020. Disponible en: <https://www.palermo.edu/cele/2021/julio/mirando-al-sur.html>

¹⁴ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de expresión e Internet*, 31/12/13. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

¹⁵ Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios, 2015. Disponible en: <https://manilaprinciples.org/es/principles.html>

¹⁶ GROYS, Boris, *Volverse público. Las transformaciones del arte en el ágora contemporánea*, Caja Negra, Buenos Aires, 2022, pp. 32-33.

intimidad¹⁷ y por la captación que el mercado hace de ellos/as¹⁸. Lo que las marcas buscan al trabajar con estos *influencers* es su capacidad para llegar a un público específico y cultivar relaciones auténticas y más “cercanas” con sus seguidores. Este fenómeno ha llevado a un crecimiento significativo en la industria del marketing de *influencers* en los últimos años, lo que ha suscitado la atención regulatoria sobre cómo promueven, publicitan y recomiendan productos y servicios. Adicionalmente, la figura del *influencer* no solo abarca a personas humanas, incluso avatares y robots pueden ejercer el rol de *influencers*. Esto plantea varias preguntas sobre la autenticidad y la naturaleza de la relación entre el *influencer* y su audiencia.

El informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor de la Unión Europea¹⁹ no solo define el papel de los/as *influencers*, sino que también señala preocupaciones sobre los derechos de los/as consumidores/as y la dificultad de regular las actividades comerciales en el ámbito digital. Los/as *influencers* a menudo crean una ilusión de cercanía con su audiencia, lo que potencia esa capacidad de influencia; en algunas ocasiones incluso buscan mantener públicos más pequeños para fortalecer esos lazos de confianza, lo que hace más difícil detectar la publicidad enmascarada que realizan. A medida que los/as *influencers* impactan sobre las decisiones de los/as consumidores/as, sus acciones y comportamientos están cada vez más en el centro del debate sobre la ética en la publicidad y la protección del/de la consumidor/a²⁰.

Podemos destacar también que, a diferencia de las celebridades tradicionales que generalmente han alcanzado la fama por logros en campos

¹⁷ SIBILIA, Paula, *La intimidad como espectáculo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2017, p. 308.

¹⁸ CASTAGNOLA, Yamila; NUÑEZ, Gala; MARHABA M., Débora; “Actividad comercial de los influencers durante la pandemia del COVID-19”, en Barocelli, Sergio Sebastián (dir.); Torres Santomé, Natalia Eva (codir.), *La Protección de Consumidores en Tiempos de Crisis*, IJ Editores, Buenos Aires, IJ Editores, 2022.

¹⁹ MICHAELSEN, Frithjof; COLLINI, Luena, et. al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection”, en *The Single Market, Luxembourg, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*, European Parliament, 2022.

²⁰ VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra; ROM-RODRÍGUEZ, Josep; MIOTTO, Giorgia, “Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de influencers”, en *Revista Mediterránea de Comunicación/Mediterranean Journal of Communication*, vol. 10, N° 2, 2019, pp. 115-129. Disponible en: <https://www.doi.org/10.14198/MEDCOM2019.10.2.15>

específicos, los/as *influencers* aprovechan su presencia en línea para construir su propia marca personal²¹. Esta nueva dinámica provoca una revalorización de lo que se considera autoridad y valor social en la era digital, donde la autenticidad y la percepción de conectividad son esenciales.

e) *Vinculación de la plataforma con los/as influencers*

La migración hacia un ecosistema digital ha dado lugar a nuevas plataformas y a la aparición de nuevos personajes, como los/as *influencers*, que utilizan técnicas de marketing digital personalizadas para interactuar con los/as usuarios/as y maximizar el impacto de la publicidad dirigida, nativa (que escapa a los programas de bloqueo de anuncios) y enmascarada (ya que en su mayoría no reconocen colaboraciones pagas)²². A pesar de los avances en este ámbito, legislar sobre comercio electrónico, publicidad digital y la responsabilidad de intermediarios en internet ha quedado rezagado.

Es preciso destacar que no se puede analizar la actividad del/de la *influencer* por un lado y la de la plataforma digital por otro, ya que insistimos en que esta última limita y condiciona la actividad del primero:

“La naturaleza inestable de su trabajo también se debe a que está incrustado en la arquitectura de las plataformas privadas, como Instagram o Twitter. Los *influencers* están a merced de factores externos y dependen de algoritmos y productos de tecnología de la información que cambian con decisiones unilaterales”²³.

Las redes sociales han evolucionado para incluir funciones de “Marketplace”, permitiendo transacciones que antes eran exclusivas de plataformas de comercio electrónico. Esta tendencia refleja cómo el mercado se adapta y utiliza espacios que históricamente eran diferentes,

²¹ SARLO, Beatriz, *La intimidad pública*, Ed. Seix Barral, Buenos Aires, 2018, p. 41.

²² VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra; ROM-RODRÍGUEZ, Josep; MIOTTO, Giorgia, “Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de influencers”, en *Revista Mediterránea de Comunicación/Mediterranean Journal of Communication*, vol. 10, N° 2, 2019, pp. 115-129. Disponible en: <https://www.doi.org/10.14198/MEDCOM2019.10.2.15>

²³ DAPHNÉ, B., *Maquillada. Ensayo sobre el mundo y sus sombras*, Ed. Blatt & Ríos, Buenos Aires, 2022, p. 79.

evidenciando la transformación de los/as usuarios/as en “prosumidores/as” que crean y consumen contenido al mismo tiempo.

Los/as *influencers*, que son usuarios/as de estas plataformas, promueven productos y servicios a cambio de compensaciones económicas o popularidad, a menudo en un contexto donde se enmascara el verdadero propósito de inducir necesidades y publicitar productos y servicios. Por ello, la Ley de Servicios Digitales de la UE ha reforzado las exigencias sobre la publicidad en línea, obligando a que los anuncios sean identificables y claros para los/as usuarios/as²⁴.

Entendemos que según la normativa nacional los/as *influencers* pueden ser considerados/as proveedores/as que ofrecen productos y servicios a sus seguidores/as, estableciendo así relaciones de consumo. No obstante, también son usuarios/as de plataformas digitales que pueden influir en las reglas del juego, lo que en ocasiones impacta negativamente en sus propios negocios. En resumen, el fenómeno de los/as *influencers* y las plataformas digitales presenta un complejo entramado de oportunidades y desafíos legales y comerciales que requiere una adecuada mirada y reflexión previo a todo tipo de regulación.

Las vinculaciones que se dan en el contexto digital respecto al intercambio de productos y servicios en principio son múltiples y variadas. A modo de síntesis en este trabajo, sin proponer una clasificación excluyente y definitiva, podemos observar que nos encontramos frente a:

1. la relación jurídica que une a la plataforma con el/la usuario/a que adhiere a sus cláusulas presidiarias y que ofrece productos o servicios,

2. la relación entre el/la usuario/a de la plataforma que ofrece el servicio o producto con quien lo adquiere,

3. la relación entre la plataforma y el/la usuario/a que adquiere el producto o el servicio ofrecido por otro/a usuario/a.

Estas relaciones cobran especial relevancia cuando abordamos el tema de los/as *influencers*, ya que al ser prosumidores/as o produsuarios/as poseen vínculos que se desarrollan en los tres estratos antes mencionados.

²⁴ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Nuevo reglamento europeo sobre plataformas digitales”, en *Revista Pensar JUSBAIRES*, junio de 2023, p. 8.

Si nos posicionamos en el punto sobre **relación plataforma-usuario/a que las utiliza para ofrecer productos y servicios**, las vinculaciones entre ellos/as consisten en convenios privados con efectos legales que se rigen, en principio, por los términos y las condiciones de los contratos de adhesión. La cuestión es propia de estos nuevos modelos de negocios y no puede dejarse de lado al momento de analizar el reproche eventual sobre los/as *influencers*, toda vez que una actividad desplegada por ellos/as puede estar limitada y violar la normativa privada (los términos y las condiciones o las normas comunitarias de la plataforma) y la pública (el derecho vigente).

Por otro lado, se encuentra la **relación entre quien ofrece un producto o servicio mediante estas plataformas y quien lo adquiere**. Nuestra normativa civil y comercial, como así también el régimen tuitivo de los/as consumidores/as y usuarios/as, posee normas sobre los contratos celebrados a distancia. Así, entre quien ofrece, vende o publicita el producto por medio de una red social, que puede ser un/a *influencer*, y el/la consumidor/a en cuanto destinatario/a final de ello, se crea un vínculo contractual, sujeto a la normativa patrimonial general y, en especial, a la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (en su art. 10 bis)²⁵. Desde otra perspectiva, si la cosa o actividad es viciosa o riesgosa y provoca un daño al/a la consumidor/a también podría aplicarse el artículo 40 de la LDC que prevé una legitimación pasiva amplia, incluyendo al/a la fabricante y al/a la importador/a entre otros/as, con quienes no ha habido un contrato²⁶. En este sentido, si el/la proveedor/a (en su acepción amplia del art. 2 LDC) es ubicable, se podrán entablar contra él/ella los reclamos administrativos y judiciales respectivos. Sin embargo, cuando es extranjero/a o anónimo/a y, aun así, se permite que comercialice en las plataformas digitales y se le da acceso al/a la consumidor/a nacional al intercambio, devendrá el derrotero en cuanto a la competencia y jurisdicción entre otras cuestiones, que lo único

²⁵ PICASSO, Sebastián, “Comentario al art. 10 bis de la ley 24.240”, en Picasso, Sebastián; Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de defensa del consumidor*, La Ley, T. I, 2009, p. 154.

²⁶ HERNANDEZ, Carlos; FRUSTAGLI, Sandra, “Comentario al art. 40 de la ley 24.240”, en Picasso, Sebastián; Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de defensa del consumidor*, La Ley, T. I, 2009, p. 492. Sáenz, Luis; Silva, Rodrigo, “La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2019. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_09.pdf

que hacen es perjudicar al/a la consumidor/a nacional y dificultar la baja del contenido (siempre y cuando no viole el art. 13 de la CIDH).

Por último, encontramos la relación entre **la plataforma y el/la usuario/a que adquiere el producto o el servicio ofrecido por otro/a**. Esta cuestión es la propia de la responsabilidad de la plataforma que ofrece servicios que posibilitan la comercialización electrónica a través de portales digitales, que cobran publicidad y que establecen normas precisas para ello y el/la consumidor/a. En este último estrato se podría aplicar en esencia la normativa, doctrina y jurisprudencia en sintonía con lo sentenciado en el caso “Belén Rodríguez” y demás fallos en sintonía²⁷, en tanto asimilen las redes sociales a los motores de búsqueda, o las que surgen de los casos “Claps”²⁸ y “Kosten”²⁹, conforme se considere si las plataformas intermediarias han tenido o no intervención activa en la operatoria comercial, según lo detallado en el apartado referido a los contenidos en internet. Sin embargo, cabe destacar que cada vez son más empresas las que interfieren por ejemplo en la determinación de los precios de envío, de publicidad, entre otros, lo que tal vez merezca una revisión de las posturas jurisprudenciales adoptadas (que obviamente supera el objetivo del presente).

De este modo, entendemos que la autorregulación de la empresa en sus términos y condiciones de uso, que definen qué se puede hacer o no en sus entornos, no colma las exigencias legales que podrían aplicarse en el mundo terrenal, lo que hace que estas normas comunitarias, más que contratos de adhesión en los términos de los artículos 36, 37 LDC y CCCN, puedan calificarse como presidiarios: no están controlados por organismos gubernamentales y, quien no los acepta, queda afuera. Además, advertimos cómo de manera unilateral se desligan anticipadamente de toda eventual responsabilidad (civil y penal) que puedan tener. Empero, cuentan con normas privadas muy precisas sobre lo que está prohibido o no y sostienen que de incumplirlas se aplicarán sanciones; lo que no sucede en muchos

²⁷ CSJN, Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/14. CSJN, “Gimbutas, Carolina Valeria c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 12/09/17.

²⁸ CNC, Sala K, “Claps, Enrique y ot. c/ Mercado Libre y ot. s/ daños y perjuicios”, 05/10/12

²⁹ CNC, Sala D, “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre SRL s/ Ordinario”, 22/03/18.

casos y que estas últimas serán revisadas por la propia empresa, en una suerte de doble instancia endógena.

Resulta importante destacar que más allá de la arquitectura legal privada de estas plataformas, la violación de las disposiciones comunitarias por parte de *influencers*, por ejemplo referidas al cuidado de la salud, bien podría generar un doble reproche que debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de valorar los hechos del caso: al/a la prosumidor/a (p. ej.: *influencer*) por el contenido prohibido por un lado y, por el otro, a la plataforma por no sancionar este contenido cuando ya de por sí lo ha estipulado en sus condiciones de uso.

f) Análisis de la publicidad efectuada por el/la influencer

En principio, los mensajes que emanan de los/as *influencers* con la finalidad de promocionar e influenciar a sus seguidores/as acerca de la efectividad o características de los productos no resultan amparados en el derecho a la libertad de expresión en su concepción absoluta, sino que esta protección es más tenue³⁰. Estas operaciones y actividades se enmarcan más bien en la libertad de comercio, trabajo o empresa, que en la legislación nacional se encuentra ampliamente regulada.

En este sentido, si bien el contexto digital trae sus dificultades y ya hemos visto que en determinados casos resulta engorroso aplicar conceptos tradicionales al mundo virtual, lo cierto es que desde un inicio sería desleal intentar protegerse en el derecho fundamental a la libertad de expresión, cuando lo que se intenta es ejercer un servicio comercial. De este modo, la promoción y la venta de productos por parte de los/as *influencers* bien puede ser abordada desde el régimen tuitivo de los/as consumidores/as y usuarios/as, como la LDC más toda la normativa aplicable, sobre la base del título preliminar del CCCN y la específica que este cuerpo trae respecto de la materia consumeril y responsabilidad civil, considerando que sería más beneficioso contar con una regulación sobre la publicidad que pueda aplicarse a distintos ámbitos.

La transición de una sociedad de productores/as a una de consumidores/as ha generado un complejo mecanismo social que crea necesidades artificiales a través de la combinación de comunicación,

³⁰ LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 183.

información, marketing y publicidad. La publicidad juega un papel crucial al fomentar el consumo, influyendo en las actitudes y las preferencias de los/as consumidores/as para vender productos y servicios que no siempre surgen de una real necesidad³¹.

Mientras que algunas leyes abordan ciertos aspectos de la publicidad, como las leyes de defensa del consumidor y de lealtad comercial, no hay una regulación integral y sistemática. La Ley de Medios definió la publicidad y la “publicidad no tradicional” (PNT), pero su aplicación en el entorno digital sigue siendo incipiente³².

Las regulaciones existentes limitan la publicidad, especialmente cuando se considera engañosa, comparativa o abusiva, con prohibiciones sobre mensajes perjudiciales o que induzcan a error a los/as consumidores/as. El sistema legal argentino ha desarrollado mecanismos para abordar la publicidad engañosa y abusiva, definiendo los derechos de los/as consumidores/as y los deberes de los/as proveedores/as en cuanto a la veracidad de los mensajes publicitarios. La normativa vigente también permite acciones legales para cesar con la publicidad ilegal y busca proteger a los/as consumidores/as de prácticas comerciales desleales³³. En este contexto, es esencial abordar los temas de publicidad en redes sociales y considerar regulaciones que se adapten a este nuevo entorno digital que presenta desafíos significativos para la protección de los/as consumidores/as.

La publicidad es considerada una forma de libertad de expresión, pero con menor protección legal, ya que debe cumplir con ciertos deberes, como informar adecuadamente sobre las características de los productos o servicios. Los mensajes de los/as *influencers*, que promueven productos con fines comerciales, deben evaluarse con un enfoque distinto al de la libertad

³¹ NICOLAU, Noemí, “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo”, en Stiglitz, Gabriel, (dir.), *Tratado de Derecho del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. 1, cap. VIII.

³² LESCANO, Esteban, “Análisis de la Ley 27.078 Argentina Digital, reguladora de los Servicios de Telecomunicaciones”, en *El Dial*. Disponible en: http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcd-detalle.asp?id=8188&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=09/09/2015&indice=doctrina&suple=DAT

³³ MARHABA M., Débora, “Acción de cesación de publicidad”, en AA.VV., en *Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el Ámbito de la CABA*, Buenos Aires, Ed. Jusbaire, 2023.

de expresión, ya que a menudo persiguen un beneficio económico y social a través de la persuasión.

La eficacia de los/as *influencers* se ve aumentada por el uso de herramientas como la “publicidad nativa”, que se integra de manera menos invasiva en el contenido y se convierte en una alternativa necesaria ante el uso creciente de bloqueadores de publicidad.

Distintos documentos realizados por consorcios publicitarios señalan que la empresa que contrate a un/a *influencer* sea responsable, y debe proporcionar información clara sobre las regulaciones aplicables para evitar la “publicidad encubierta”, que puede engañar al/a la consumidor/a al no revelar que se trata de publicidad. Esta falta de transparencia puede hacer que los/as *influencers* sean responsables de daños si sus mensajes son engañosos o abusivos.

A través de la LDC podemos considerar a los/as *influencers* como proveedores/as y ser responsables por daños causados a los/as consumidores/as cuando ofrecen códigos de descuento y participan de la venta del producto o servicio, cuando imprimen su propia marca en estos, cuando se constituyen en revendedores/as, cuando realizan un sorteo o cuando producen publicidad engañosa. En esencia, también pueden ser civilmente responsables por generar confianza en sus seguidores/as sin cumplir con estándares legales³⁴.

Se sugiere que, hasta que exista una ley sobre publicidad y, específicamente publicidad en plataformas digitales, que atienda a los diferentes fenómenos actuales y que sea aplicable a todos los ámbitos, se impulse una autorregulación y mayor transparencia en las prácticas de *influencers*, incluyendo el control sobre la identidad y la veracidad de sus mensajes, ya sea por medio de recursos de control tecnológicos o humanos.

³⁴ WEINTGARTEN, Celia, *La confianza en el sistema jurídico*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 139

LA RESPONSABILIDAD DE LOS INFLUENCERS Y DE LOS PROVEEDORES VINCULADOS A LOS MISMOS

Por Tiberio Maximiliano Pardiñas¹

I. CONCLUSIONES

1. Conveniencia de una regulación que sistematice la actividad de los *influencers*, los proveedores vinculados y su responsabilidad civil

El creciente protagonismo que tienen estos profesionales de la comunicación vinculada a la progresiva migración del público a los entornos digitales, persuade la necesidad de propiciar una regulación normativa que aborde aspectos de la actividad.

Cabe recordar, que tuvo trámite parlamentario un proyecto de “Régimen Legal para Influenciadores o influencers en servicios publicitarios digitales y en redes de telecomunicaciones por vía electrónica” (Expte.1358/20), que podría haber dado marco a la cuestión.

Desde una mirada, cabe observar un sesgo exclusivamente publicitario de la regulación cuando el accionar de los influencers, como se insinuó, admite diversos tratamientos ante la variedad de incursiones que efectúan.

Sin bien la “difusión” de bienes y servicios aparece nuclear en nuestro abordaje, estimamos necesario recomendar la sanción de una normativa que sea lo más receptiva de los matices del fenómeno, no con un propósito represivo de la actividad sino consistente con el principio constitucional de “alterum non laedere” y, en lo que respecta a nuestra disciplina, en resguardo del fundamento activador del sistema con un sentido teleológico preventivo de daños, ponderando los vasos comunicantes con los proveedores en sus diferentes participaciones a efectos de establecer sus respectivas responsabilidades, y auspiciando, en lo deseable, decisiones de consumo meditadas y libres. Inserte texto aquí.

¹ Profesor Adjunto de las materias “Práctica Profesional” de la Facultad de Derecho de la UBA y “Seminario de Derecho de los Consumidores” del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la UNLAM

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN: “QUÉ SON LOS INFLUENCERS”

En un tiempo relativamente reciente se ha instalado en la sociedad posmoderna, dominada por la penetración de internet en la vida cotidiana con fenómenos como la “mass media” y las TICs (Tecnologías de la información y la comunicación), un nuevo oficio o “profesión” ligada a dichas modalidades ejercida por personas humanas conocidas como “influencers”.

Es necesario acercarnos a lo que se entiende por ese término. Una posible traducción al castellano sería “influyente”, pero el anglicanismo se ha impuesto para ser usado a efectos de referirse a la persona que ha desarrollado una aptitud para influir sobre otras por conducto de las redes sociales, es decir, “Facebook”, “Twitter”, “You Tube”, “Instagram”, “Snapchat”, “Tik Tok”, etc.²

Ya sea en espacios de comunidades de internautas, es decir personas que participan de plataformas como “Facebook” o consumen contenidos audiovisuales como “You tube” o “tik tok”, se percibe la intervención cada vez más habitual de los denominados “influencers”, cuya intención es llamar la atención general, despertar un interés público o colectivo, generar corrientes de seguidores que orientan sus intereses a los que el “influyente” destaca o alienta, etc. Estimamos dejar abierto el espectro porque el accionar de los aludidos no se limita a un propósito meramente lucrativo con la finalidad de buscar una retribución económica, sino es frecuente que constituya un vehículo de construcción de poder como un peldaño de ascenso social, como un trampolín hacia otro espacio, alguna organización social o política, o con intenciones aviesas como agredir o menoscabar, pudiendo rayar conductas delictivas.³

En este trabajo debemos centrarnos en la relación de esta particular oficio o profesión con el Derecho del Consumo, pero puede llegar a

² Martínez Medrano, G., “La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina”, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial. Facultad de Derecho (UBA), 2020, año III, N° 4

³ Berreta, P.A., “Responsabilidad Civil del Influencer”, Revista Académica I.E.S.P.Y.C. N° 13, año 2023-2.

advertirse que la actividad que desarrollan trasciende el espectro disciplinar planteado y puede convocar abordajes desde otras ramas jurídicas.

Continuando con la identificación, cabe considerar que existen individuos que se denominan “youtubers”, caracterizados por editar contenidos y subirlos en diferido a la web, a diferencia de los “streamers”, que realizan una transmisión en directo y le van agregando contenidos, pero a los fines de nuestro análisis lo relevante es la finalidad perseguida de lograr una audiencia creciente.

El prestigio que construye el influencer resulta fundamental para generar y fidelizar seguidores, es decir el conocimiento, la reiteración de presentaciones, la destreza puesta de manifiesto, gravitan en el número de adeptos que van logrando, que cuantos más son constituyen un verdadero capital que hace que los influyentes sean creíbles y gusten.

Los proveedores de bienes y servicios intentar siempre posicionar sus marcas a través de técnicas de marketing y publicidad. En tal sentido, perciben que los canales tradicionales de oferta como la gráfica callejera, la radio, la TV, el cine, se pueden diversificar no solo ocupando o alojándose en espacios de internet o redes, buscando mayor “visibilidad” en relación a motores de búsqueda como “google” o usando metodologías a partir del seguimiento del derrotero del navegante, mediante la utilización de “cookies” que, desde un punto de vista, se interpretan como “facilitadoras” de nuevas visitas del internauta al proveerle información, desde otro se consideran una invasión a la intimidad, ya que no solo condicionan la búsqueda poniendo en primer plano determinadas ofertas que restringirían la capacidad de selección, sino que se combinan con técnicas de envío de correos electrónicos conocidos como “spam” o no deseados, mensajes en redes, etc.⁴

Lo observado nos conduce a analizar si la actuación de los “influencers” puede ser fuente de responsabilidad civil en el espectro normativo considerado por el Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCyCN- o su actuación deviene inocua para engendrar reproche a su respecto.

⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores. Segunda Edición Actualizada”, Rubinzal Culzoni Editores, págs..174 y sigtes.

La inquietud es relevante desde el momento que el despliegue que hacen estas personas humanas en redes para instalar gustos o apetencias respecto de determinados bienes y servicios es complejo y, frecuentemente, con una opacidad que impide a las destinatarios advertir si puede estar impulsada por un mero afán de protagonismo o “narcisismo” para fomentar su presencia en el espacio virtual generando mayores seguidores, o tener la finalidad de obtener un lucro, ya sea por un acuerdo explícito o tácito que le asegura la obtención de ganancias ligadas a su accionar promotor con pautas diversas de medición.

Si bien no perdemos de vista que el ánimo lucrativo no resulta indispensable para definir su rol en una relación de consumo (Art.1º ley 24.240), resulta un variable a mensurar en el análisis propuesto.

En este orden de ideas, nos propondremos estudiar los fenómenos de Consumo que ejercen los influencers y su vínculo con los proveedores a partir del prisma de los elementos que abonan la responsabilidad civil.⁵

2. DESARROLLO: “PUEDE HABER RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INFLUENCERS, DE LOS PROVEEDORES DE BIENES Y SERVICIOS, DE AMBOS O SOLO DE LOS SEGUNDOS”.

El enunciado nos enfrenta a una cuestión inicial, revisar cuándo podría haber responsabilidad en el espectro jurídico.

Esta última aclaración deviene relevante porque, en ocasiones, se puede llegar a especular sobre una responsabilidad “social” que no llegue a otorgar pábulo para una acción jurídica.

En efecto, desde un abordaje, se puede sostener que el discurso de un “influencer” puede fomentar el consumismo u orientar gustos hacia determinados ámbitos personales, pero el enfoque jurídico que promueve nuestro análisis es establecer si el accionar posibilita una lectura en el espectro normativo propuesto.

⁵ Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., “Responsabilidad Civil por daños al consumidor”, LL 1987-A-1040

En este orden de ideas, cabe considerar que el pie de marcha de la institución en examen es el daño.

La apreciación de este tópico supone determinar si los destinatarios de la actividad del influencer han sufrido alguna afectación que convoque el atributo de resarcible.⁶

El Código Civil y Comercial de la Nación resulta pródigo en la descripción de distintas especies de daños personales patrimoniales y extrapatrimoniales con la requisitoria de que sea un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente, incluso en lo que respecta a una “pérdida de chance” (Artículo 1.739 CCyCN).

Un segundo paso sería identificar un nexo de causalidad entre el obrar del influencer y el daño invocado respecto al damnificado.

En el sistema del Derecho de Consumo resultaría necesario predicar si el accionar del emisor tuvo una gravitación determinante para que el destinatario decidiera la compra de un bien o servicio promovido explícitamente o tácitamente por el primero. Ello nos recuerda la necesidad de desentrañar cuál fue el comportamiento del influencer para enaltecer determinado producto, ya sea nombrándolo específicamente o insinuándolo de modo que se entendiera que se refería a aquél con trascendencia para causar el daño. Esto último puede advertirse cuando se hace referencia a artículos que, por su posicionamiento en el mercado, por su carácter dominante, monopólico o cuasi monopólico, no promediaría duda de que son los aludidos.

La técnica discursiva verbal o gestual de los influencers puede asumir distintos ribetes mediante giros de empatía o énfasis que tengan la eficiencia de perfilar la decisión de consumo del destinatario. Se observa como habitual la utilización de fórmulas como “soy usuario del producto”, “obtuve el mejor de los rendimientos”, “garantizo con mi persona el resultado”, “es mi proveedor de confianza”, “es mi proveedor y tu proveedor”, etc., en otras palabras, apelar a giros lingüísticos, movimientos gestuales, demostraciones, que conduzcan al destinatario a sentirse movilizado para adquirir el bien o contratar el servicio.

⁶ Azar, A. y Ossola, F., “Daño resarcible, intereses y consecuencias resarcibles. Interpretación del proyecto de modificación del Código Civil y Comercial en la concepción del daño resarcible”, SJA, 2019.

El escenario de “seducción” sobre las bondades de los productos en oferta es habitual en la publicidad tradicional, incluso cuando se usan personas o “figuras” con trascendencia pública con la intención de jerarquizar lo ofrecido. Sin embargo, se advierte una diferencia en los espacios y tiempos que, a nuestro entender, otorga elementos susceptibles de ser apreciados en el análisis. Una publicidad en la TV, en la radio o en el cine, dura segundos o a lo sumo algún minuto o minutos, en cambio, en las redes los influencers construyen espacios de exclusividad, por no decir de intimidad, que genera un microclima en el que se relaciona con el “seguidor” construyendo un vínculo de proximidad, por más que la audiencia sea multitudinaria, lo cual, cabe observar que masifica y estimula la participación, llevando a los consumidores a sentirse motivados por el hecho de que si hay tantos otros que siguen al “influencer” es positivo y persuade de la supuesta bondad de lo que éste promueve.

A esta altura del análisis, se estima indispensable aludir al factor de atribución respecto del accionar del influencer que habilita a considerar si es objetivo o subjetivo (Art.1.721 CCyCN).

La normativa enunciada señala que, cuando de las circunstancias de la obligación, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, la responsabilidad es objetiva (Art.1.722 CCyCN).

La ley 24.240 de Defensa de los Consumidores –en adelante LDC-, gravitante por su especialidad, en el orden de prelación del art.1.709 del CCyCN, propugna el predominio de la responsabilidad objetiva en la materia consagrada en su artículo 40.

Sentado lo precedente, podría inferirse que el accionar de los influencers, cuando ofertan la adquisición de bienes y servicios, los convertiría en un sujeto activo de la relación de consumo en un estadio del universo que ejemplifica el mentado precepto de la LDC.

Además de otros participantes en el proceso de comercialización, los “influyentes” se integrarían como un miembro más del proceso de provisión en la inteligencia que el artículo 40 no efectúa una alusión taxativa.

Sin embargo, las particularidades del rol de los influencers en este espectro de la relación de consumo, amerita profundizar al respecto.

Es de recordar que la normativa especial ha reticulado, en algunos supuestos, el factor de atribución prevaecientemente objetivo, limitando la

responsabilidad del transportista a los daños causados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

También en el espectro de la integración normativa general y especial dominante en la materia, cabe considerar que en materia de legislación turística, más allá de alguna especulación sobre la vigencia del Convenio de Bruselas ratificado por la ley 19.918, se mantiene el principio de atribución subjetiva en cuanto al intermediario o “agente” de viajes.⁷

A esta altura del análisis, estimamos considerar que el supuesto de los “influencers”, como hipotéticos proveedores por participar en la oferta de bienes y servicios, debe analizarse a la luz de los artículos 2º, primer párrafo, de la ley 24.240, con lo prescripto por el artículo 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La situación replantea la extensión del concepto de proveedor como un profesional en la comercialización de bienes o servicios aunque actúe ocasionalmente.

En efecto, antes la doctrina resaltaba el concepto de profesional como un carácter tipificante aunque la actividad no se desarrollara habitualmente, es decir ubicaba el adverbio “ocasionalmente” en una dimensión temporal; sin embargo, con la aludida norma del Código Civil y Comercial, que refirió al proveedor como el actúa “profesional u ocasionalmente” se abrió una perplejidad en la interpretación de la figura al usar una conjunción que refleja dos variantes de una misma realidad que posibilitaría reputar proveedor a sujetos no profesionales de la especie de consumo de que se trate.

Si bien puede considerarse un desatino ya que, por ejemplo, se podría aplicar el derecho de consumo a un profesional que ejerce como actividad la venta de autos, también podría aplicarse la calificación a un particular que vende su auto “ocasionalmente” aunque lo haya hecho una sola vez en su vida.

Nos enrolamos en que una recta interpretación en los términos del artículo 2º del Código Civil y Comercial conduce a limitar la dimensión aludida en el párrafo precedente, pero la literalidad suscita la cuestión.

⁷ Barreiro, Karina M., “La responsabilidad de las agencias organizadoras de viajes frente al viajero por el incumplimiento en el deber de informar”, LL 2008-F-382.

Trasladándonos a la situación de considerar al “influencer” un proveedor por su participación en la relación de consumo que se plantea respecto a los bienes y servicios que promueve, cabe considerar lo siguiente.

Nos podemos interrogar qué especie de profesional es?. En principio, su propósito es desarrollar una actividad de difusión respecto a gustos e intereses en la que lucraría promoviendo bienes y servicios en relación a sus seguidores.

Pero, se estima necesario insistir, ese despliegue significa ser un profesional en la comercialización de los bienes y servicios que asuma recomendar?.

El influencer no tiene un conocimiento específico del producto o servicio que directa o indirectamente difunde, por lo que no podría ser asimilado a otros eslabones en la cadena que ejemplifica el mentado artículo 40 de la LDC, a saber, el fabricante, cuyo conocimiento experto radica en la elaboración, o el que le pone la marca, por el impacto que ello implica para el marketing o el consumo, en la importación, ya que traerlo implica un saber de motivos relativos a su inserción en el mercado, etc.

Sin embargo, la falta de “profesionalidad” respecto al concreto bien o servicio, cuyo consumo estimula, no puede implicar un bill de indemnidad respecto de su accionar, ya que estimamos necesario el cumplimiento de un deber de información adecuado teniendo en cuenta la heterogeneidad del posible universo de destinatarios.

En efecto, no solo respecto a un estándar promedio de consumidores, sino a la potencial existencia de sujetos hipervulnerables del elenco de la resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

Por lo tanto, resultaría mandatorio que las publicaciones de los influencers tuvieran advertencias⁸, por ejemplo, respecto a la prohibición de consumo de productos/servicios respecto de niños, niñas y adolescentes, a la necesidad de apoyo en los casos de discapacidad, posible riesgo para la salud con adecuación a los grupos etarios, lenguaje simple y comprensible, etc.

Si bien lo precedente puede interpretarse como una restricción o excesiva reticulación del libre discurso con el que se dirigen los influyentes,

⁸ Cruz Matteri, J.I., “Influencers y relación de consumo: Su responsabilidad en el Derecho del Consumidor”, SAIJ, 2021.

el principio fundante del Derecho del Consumo, la protección del vulnerable, impone reglas básicas de comunicación para prevenir daños.

Lo expuesto conduce a advertir que el factor de atribución subjetivo resultaría el predominante para completar el abordaje de responsabilidad civil en la especie.

En efecto, el dolo o la culpa deberían verificarse en la actuación del influencer para que progresara el reproche de responsabilidad. El dolo directo, actuando con conocimiento de la naturaleza perniciosa del bien o servicio promovido, o eventual, en su caso, por conducto de la manifiesta indiferencia respecto a los intereses ajenos, y la culpa, ya sea imprudencia o negligencia en el obrar y, en el supuesto de reglamentarse la “profesión”, por hipotética impericia (Art.1.724 CCyCN).

Los extremos precedentes también podrían comprobarse en el caso que se endilgara un daño punitivo, siempre que concurrieran las pautas para su acreditación.

Por su parte, cabe acotar que, si el influencer propalara un producto o servicio de su propia generación, la profesionalidad como un conocimiento experto en el espectro del art.40 LCD impondría la aplicación del factor objetivo.

En lo que respecta a los proveedores integrantes de la cadena de comercialización del precepto enunciado en el párrafo anterior, fundamentalmente como fabricantes o vendedores, podrían tener una responsabilidad objetiva independientemente de lo que pueda corresponder en relación a los influencers, ya que se fundaría en la exigencia de una obligación de resultado o, en su caso, deber de seguridad de la cosa o servicio, gravitando, asimismo, los artículos 1.757 y 1.758 del CCyCN.

PLATAFORMAS DE STREAMING, INFLUENCERS Y DEBER DE INFORMACIÓN. ¿EXISTE EL DEBER DE TRANSPARENCIA?

Por Marcelo Nicolás Piccardi¹

I. CONCLUSIONES

1. Las plataformas de *streaming*, en tanto sistemas destinados a la distribución digital de contenido multimedia que se pone a disposición del consumidor para su consumo inmediato a través de un búfer de dato, califican como proveedor en los términos del art. 2 de ley 24.240 (en adelante, LDC). Estas plataformas se pueden dividir en dos grandes grupos: las que ponen a disposición del consumidor una carta de contenidos seleccionados por la empresa, y las que ponen a disposición contenido creado (en principio) libremente tanto por proveedores profesionales como por consumidores y prosumidores. Pueden existir *influencers* que creen contenido para plataformas de *streaming*, con organización profesional de su actividad.

2. Existen diferencias notables entre los medios tradicionales de comunicación y las plataformas de *streaming* en las que normalmente operan los *influencers*, tanto respecto de su carácter formal o informal, impronta o línea “editorial”, forma de financiarse, etc. Esas diferencias pueden generar la idea errónea de que no que existe “profesionalidad” de la plataforma y de los *influencers* en los términos del art. 2 de la LDC.

3. Si bien no surge expresamente de nuestra LDC ni del Código Civil y Comercial (en adelante, CCCN) cómo debe regularse la actividad de *influencers* y plataformas de *streaming*, el deber de información es uno de los pilares de nuestra normativa de protección de los consumidores, lo que explica que sea el primero de los derechos regulados en la Ley 24.240. Es razonable concluir que el individuo que es expuesto a una publicidad encubierta a través del contenido de *influencers* califica como consumidor en el marco de una relación de consumo. Y por ello no solo se encuentra protegido por todas las garantías contempladas por ley, sino que también

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho Empresario por la Universidad Austral, profesor adjunto de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia en la carrera de Abogacía de la Universidad Austral. Socio del Estudio Piccardi & Barín.

merece ser informado de que está consumiendo en realidad publicidad promovida por una empresa, y no una opinión particular de un par que recomienda desinteresadamente un producto.

Por ello, en el marco del consumo de los servicios prestados por las plataformas de *streaming* y redes sociales es especialmente importante informar al consumidor sobre el marco de moderación dentro del cual se le expone a contenido que puede simplemente haber sido optimizado de acuerdo con los intereses personales, o que puede haber sido intervenido para impulsar intereses de terceros.

Con esa orientación, se debe tener presente que del deber de información se puede derivar también un potencial deber de transparencia, pese a no existir expresamente en nuestro orden jurídico. En cuanto a las plataformas de *streaming*, es indeclinable la aplicación de la ley de defensa del consumidor, pero es razonable argumentar que sería deseable contar con legislación adicional que exija transparentar los criterios de selección de contenido que se muestran a sus usuarios.

II. FUNDAMENTOS

1. LAS PLATAFORMAS DE STREAMING SON PROVEEDORES. LOS DIFERENTES “ACTORES” EN ELLA

a) La plataforma de streaming como proveedor

Las plataformas de *streaming* son proveedores de servicios en los términos del art. 2º de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “LDC”), lo que deriva en una serie de obligaciones a su cargo. Una de estas obligaciones es el deber de información que surge del art. 4º de la LDC.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este deber de información frente al consumidor? ¿Cómo se relaciona este deber de información con el que pueden llegar a tener a su cargo los influencers que participan de estas plataformas? ¿Difieren todas estas situaciones de las relacionadas a los distintos medios tradicionales?

Particularmente, ¿existe un deber de transparencia en este tipo de relaciones de consumo?

b) Los distintos “actores” en ella

Previo a adentrarnos en todas estas cuestiones es necesario identificar a los sujetos de nuestro análisis.

La plataforma de streaming es el sistema destinado a la distribución digital de contenido multimedia, que se pone a disposición del consumidor para su consumo inmediato a través de un búfer de datos (esto es, su descarga temporal para su reproducción inmediata, sin fines de almacenamiento definitivo en el dispositivo del usuario).

Podemos dividir las en dos grandes grupos: las que ponen a disposición del consumidor una carta de contenidos seleccionados por la empresa, ya sea licenciado a terceros o generados por ella misma (como es el caso de Netflix, Disney+, Amazon Prime Video, etc.) y las que ponen a disposición contenido creado (en principio) libremente tanto por proveedores profesionales como consumidores y prosumidores (como sucede en YouTube, Twitch, Spotify, etc.).

En el segundo tipo de plataformas la principal distinción radica en que, si bien la plataforma puede tener ciertos lineamientos sobre el contenido que puede ser publicado en ella, no tiene un control directo sobre qué

publican los usuarios y qué contenido se pone a disposición de los consumidores.

Aquí entra en juego el influencer. El influencer es una celebridad de internet que es destacado en determinada comunidad de nicho (como puede ser videojuegos, opinión política, deportes, estilo de vida, etc.). Si bien un creador de contenido y un influencer no son exactamente lo mismo, nos referiremos en este caso a los influencers que crean contenido para plataformas de streaming, con organización profesional de su actividad.

Tenemos finalmente a los prosumidores y consumidores. Si bien todo usuario que consume contenido ofrecido por streaming será un consumidor frente a esta plataforma, resulta cada vez más habitual que el consumidor participe activamente en la creación y transformación de contenido de manera no profesional (y mucho menos monetizada), generando su propio contenido streamable a disposición de otros consumidores.

Esto nos lleva directamente al siguiente punto de interés.

2. DIFERENCIAS ENTRE LOS MEDIOS TRADICIONALES Y LAS PLATAFORMAS DE STREAMING

Cuando hablamos de medios de comunicación clásicos (canales de televisión, de radio, portales informáticos periodísticos, periódicos) nos encontramos ante organizaciones que no solo cuentan con una organización profesional, sino que además se esfuerzan en mostrar esta imagen de organización profesional ante el público, como un valor positivo que refuerza la confianza hacia el medio.

Estos medios cuentan con personas idóneas en roles clave (directores, productores de contenido, periodistas, presentadores, fotógrafos, camarógrafos, etc.), una línea editorial marcada, un manual de estilo, una trayectoria.

En las plataformas de streaming, al contrario, el perfil de los canales más exitosos parece querer destacar su informalidad, su modo “descontracturado” de generar contenido, de parecer improvisado, natural, donde el presentador del canal pareciera ser la única persona a cargo de todo. Contenido que pareciera creado con hardware hogareño, como el que cualquier usuario tiene en su hogar.

Precisamente la clave del éxito de estos canales radica en la identificación que generan con su público y en la construcción de una imagen de individuo común que habla a su público sin representar intereses específicos.

En Argentina y en muchos otros países es habitual en años recientes que las profesiones de “YouTuber” e “influencer” estén entre las profesiones más deseadas por adolescentes. Parece ser una actividad que lleva poco esfuerzo, preparación y tiempo, y que brinda gran ganancia económica y fama.

La realidad es que los creadores de contenido exitosos no son simplemente una persona con un celular y una computadora grabando ocurrencias espontáneas. Especialmente a medida que comienzan a adquirir notoriedad y la actividad comienza a volverse redituable, es normal que operen con cámaras, micrófonos y computadoras de calidad profesional; que sus videos sean sobre contenido previamente investigado en profundidad; que un video o audio sea guionado al detalle, grabado en salas especialmente preparadas para ello, en varias tomas, editadas y finalmente subidas a un canal.

También existen diferencias respecto a la forma de financiarse y cómo repercute ello en el contenido de ambos tipos de medios.

Las líneas editoriales de los medios de comunicación clásicos son fáciles de identificar. Ante una misma noticia, un consumidor sabe qué mirada consumirá si lee Página 12 o La Nación, o si sintoniza TN o C5N, y ello puede trasladarse también a los periodistas que componen dichos medios (que suelen tener presencia en medios y algunos también han incursionado en crear sus propios canales de streaming).

Estos medios suelen funcionar gracias a los ingresos de publicidad de empresas privadas y públicas, y también de estados municipales, provinciales o nacional. Muchas veces alcanza con analizar los auspiciantes de un medio para inferir cuál será su línea editorial.

Esto no sucede con los canales de streaming y es parte de la identidad del medio y de la identificación que genera con el consumidor. En principio el ingreso de dinero de un canal de streaming se da a través de la monetización ofrecida por la plataforma de streaming, de acuerdo a la cantidad de vistas del contenido y la interacción de los usuarios (engagement). Un canal será exitoso si logra resonar en su público, y no en sponsors publicitarios.

Eventualmente los influencers más profesionalizados incursionan en formas alternativas de maximizar los ingresos, mediante la suscripción por pagos regulares para acceder a contenido y beneficios adicionales, la venta de merchandising, la incorporación de sponsors y publicidades, etc.

Para ejemplificar las diferencias entre ambos tipos de contenido, podemos comparar al influencer del rubro automotor Ramiro Diz², con sus 250.000 suscriptores a la fecha, con una trayectoria de tres años en redes desde sus primeros videos publicando reviews de distintos vehículos; y del otro lado a Eduardo Smok³, periodista del clásico programa de televisión Auto al Día. En el caso de Smok, hace 12 años publica el contenido del programa televisivo en su canal de YouTube (donde acumula 340.000 suscriptores), donde también publica editoriales.

El Sr. Smok publica videos filmados en eventos organizados por las empresas del rubro automotor; publica sus editoriales mostrando todas las semanas un auto diferente que le fue provisto por alguna marca para que haga sus tests para el programa televisivo (vehículo que a su vez utiliza personalmente), y ha tenido colaboraciones con concesionarios de distintas marcas y directivos de empresas del sector.

Ramiro Diz realiza videos con autos que le son prestados por sus propios suscriptores (muchas veces, los padres de sus suscriptores jóvenes). Al ganar notoriedad en el rubro ha recibido algún vehículo de prensa por parte de empresas automotrices, situación informada por el propio Sr. Diz a sus seguidores. Diz también informó que previamente advirtió a cada compañía que se reservaba el derecho a publicar una crítica sin filtros de los vehículos que se le ofrecían.

La diferencia entre ambos tipos de canales no podría ser más clara: La review del Sr. Diz sobre el vehículo Citroën C4 Cactus⁴ (provisto por un suscriptor del canal) se titula “La simpática C4 Cactus es realmente un desastre” y la primera oración del video es “Odio con pasión a la Citroën C4 Cactus, la odio con cada fibra de mi ser”. El video data de mayo de 2024, cuando el vehículo llevaba ya años en el mercado.

² <https://www.youtube.com/@dizramiro>

³ <https://www.youtube.com/@eduardosmok4286>

⁴ https://www.youtube.com/watch?v=8_9L_lgEagk&lc=

El video del Sr. Smok sobre el mismo producto⁵ fue una entrevista a Rubén Rodríguez, director comercial de Citroën Argentina. El diálogo entre ambos fue en tono formal, con imágenes del vehículo provistas por la propia empresa, y con información exclusiva brindada por la compañía. El video fue publicado previo a la salida a la venta del nuevo modelo, gracias a la relación entre el periodista, el medio donde trabaja y la empresa.

No es el objetivo de este trabajo discutir la calidad periodística de ambos tipos de contenido, desde ya ambos tienen sus propios méritos. Sí merece ser destacado que, ante el consumidor, la opinión de Smok será tomada como la de un profesional que puede estar condicionada por las reglas de la industria, mientras que la opinión de Diz es asimilable a la que podría emitir cualquier particular, que no está alcanzado por más límites y reglas que las de la propia plataforma donde se publican. La opinión del influencer parece asimilarse más a la que informalmente emitiría un amigo de uno mismo, y eso le brinda credibilidad.

Los problemas comienzan cuando se desdibuja la línea divisoria entre influencer y usuario común que opina en las redes. Especialmente considerando que los creadores de contenido suelen ser parte de varias plataformas de streaming y redes sociales al mismo tiempo, donde apuntalan su rol de influencers.

3. DEBER DE INFORMACIÓN. DEBER DE TRANSPARENCIA

a) Responsabilidad de influencers sobre sus manifestaciones públicas

La identificación que generan los influencers en los consumidores y la expectativa de honestidad que generan sus opiniones los convierte en un activo especialmente interesante para ser contratado en campañas de marketing. Especialmente cuando se los contrata para emitir opiniones de manera orgánica, y no en el marco de una publicidad clásica.

Ahora bien, ¿existe responsabilidad en los términos de la LDC por el contenido de las publicaciones realizadas por influencers al promover un bien o servicio?

⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=HBZ-8Of9maU>

Ante todo, debemos determinar si se dan los supuestos para la aplicación de la ley: existencia de un consumidor, de un proveedor de bienes y/o servicios y un vínculo jurídico entre ambos (arts. 1º, 2º y 3º de la LDC).

La figura del consumidor existirá siempre que el receptor de la publicación creada por el influencer sea una persona que pueda consumir el bien o servicio publicitado para su beneficio personal o de su grupo familiar o social.

Considero que la figura del proveedor también se encuentra presente en el caso, dada la amplitud del art. 2º LDC. No solo porque la promoción de productos puede encasillarse como una actividad realizada de manera profesional, sino además por la importancia que da la LDC a la publicidad en sí misma.

El segundo párrafo del art. 2º LDC excluye a los profesionales liberales de ser alcanzados por esta normativa, pero sí extiende su alcance a la publicidad que hagan sobre su ofrecimiento; el art. 8º LDC trata específicamente sobre los efectos de la publicidad ante los consumidores y las obligaciones que generan entre las partes. Resulta claro que la actividad publicitaria debe interpretarse de acuerdo a los preceptos de la LDC.

Esto zanja también la incógnita sobre la existencia de un vínculo jurídico. Si la publicidad tiene consecuencias jurídicas, el influencer que promociona puede ser encasillado como proveedor de servicios y la LDC establece la solidaridad de todos los participantes en la cadena de prestación del servicio o venta del bien, es admisible considerar al influencer como potencialmente responsable y legitimado pasivo ante eventuales reclamos (lo que le generará la carga de demostrar que la causa del daño que se reclame le sea ajena, cfr. art. 40º LDC).

Que un influencer pueda tener responsabilidad bajo los términos de la LDC no significa necesariamente que este sea el caso por cada consecuencia directa o indirecta de sus manifestaciones. Es necesario determinar qué motivaría la imputación de responsabilidad del influencer a partir de sus expresiones.

No consideraré el caso de las meras opiniones personales no incentivadas por campañas publicitarias o afines, ya que en estos casos les cabe el mismo parámetro que se aplica actualmente a cualquier ciudadano: únicamente resultan sancionables las expresiones contrarias a la ley (mensajes discriminatorios, instigaciones a cometer delitos, difamación, etc.).

Sobre las publicaciones publicitarias es útil comenzar explicando los fundamentos que darían lugar a la existencia de responsabilidad.

Quien paga u otorga algún tipo de beneficio a un influencer a cambio de su respaldo público no lo hace a título gratuito, sabe que recibirá un beneficio concreto a cambio. Este beneficio se obtiene gracias al poder que tiene la palabra del influencer para modificar conductas en sus seguidores, finalidad principal de la publicidad⁶. Esto configura la potencial relación causal entre la conducta sugerida por el influencer y el daño que sufra el consumidor que actúe en consecuencia a dicha sugerencia (la contratación del bien o servicio recomendado).

En los términos del art. 1724 CCCN, existe factor de atribución subjetivo de responsabilidad por culpa cuando, según la naturaleza de la obligación y circunstancias de las personas, tiempo y lugar, se omite actuar con suficiente diligencia, imprudencia, negligencia o impericia en el arte o profesión.

Es razonable considerar que una figura pública, que sabe que su palabra llega a miles de personas a las que influencia y acepta recibir un incentivo para promocionar un producto, deba cumplir con requisitos mínimos de diligencia previa antes de aceptar prestar su colaboración.

Cuanto menos cabría exigir una investigación previa de antecedentes del proveedor contratante; verificar si el producto o servicio promocionado cumple con las características informadas por la empresa; asegurarse que la publicación no infringirá la ley local. De esta manera el influencer podrá asegurarse que su participación en la promoción del bien o servicio no llevará a los consumidores a realizar contrataciones bajo falsas premisas que los expongan a situaciones dañosas.

A la fecha de redacción de este artículo se encuentra en trámite legislativo un proyecto de ley que busca darle un marco normativo a la actividad promocional de los influencers⁷. En su breve texto, el art. 7º establece la obligación de los anunciantes de “(p)oner a disposición de influenciadores o influencers todos aquellos elementos que den cuenta y

⁶ CAPUCCI, Sebastian A., *Los Influencers y su impacto en la publicidad comercial*. RDCO 293, 05/12/2018. Cita online AR/DOC/3562/2018. Thomson Reuters, p. 3.

⁷ Expediente 1034/24 del Senado de la Nación; <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1034.24/S/PL>.

acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas respecto de su producto o servicio, de manera previa a su difusión”, precisamente para evitar las situaciones que ya hemos advertido previamente.

Otra cuestión fundamental contemplada en el proyecto de ley es la obligatoriedad de incorporar a la publicación alguna de las siguientes leyendas: “Publicación paga”; “Publicidad Comercial”; “En Colaboración Con”, junto al nombre de la empresa, que debe ser claramente mencionado como beneficiario de la publicidad.

Esta disposición está alineada tanto a estándares ya aplicados en distintas plataformas de streaming como también a normativa vigente en otros países. YouTube⁸ y Twitch⁹, las plataformas líderes a nivel global de streaming de video cuentan con reglamentación propia que obliga a los creadores de contenido a informar con claridad cuando recibieron un pago o beneficio para mostrar su apoyo a determinado producto, que en ambos casos incluye herramientas para informar a la propia plataforma la existencia de branded content, lo que a su vez es informado por la plataforma al consumidor.

En la Unión Europea (independientemente de normativas propias de cada Estado miembro) no existe una normativa unificada para todo el territorio, pero recientemente el Comité Económico y Social Europeo emitió un dictamen con conclusiones y recomendaciones sobre la actividad de los influencers que actúan en plataformas y redes sociales, que incluye la necesidad de informar la existencia de colaboración con empresas a fines de evitar la publicidad encubierta¹⁰.

La Federal Trade Commission de Estados Unidos tiene su propia normativa¹¹ donde se dispone el alcance de la obligatoriedad de revelar

⁸ “Add paid product placements, sponsorships & endorsements” <https://support.google.com/youtube/answer/154235?hl=en#zippy=%2Cdo-i-need-to-tell-youtube-if-my-video-has-a-paid-product-placement-endorsement-or-other-commercial-relationship>

⁹ “Branded Content Guidelines” https://help.twitch.tv/s/article/branded-content-policy?language=en_US

¹⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La publicidad a través de influencers y su impacto en los consumidores», disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2023_349_R_0015

¹¹ FEDERAL TRADE COMMISSION, 16 CFR Part 255, *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*

contenido patrocinado y el modo en que debe informarse esta situación a los consumidores.

En el proyecto de ley argentino al que remitimos previamente, la normativa de distintos países y los términos y condiciones de las plataformas de streaming encontramos como punto en común la importancia de revelar al consumidor que el contenido publicitario es patrocinado por un tercero. La relevancia de este punto radica en permitir al consumidor conocer que está siendo expuesto a una relación de consumo, y evitarle la creencia de que está leyendo una opinión independiente sin incentivos externos.

A pesar de no contar todavía con normativa específica en la materia, es razonable considerar que del deber de información del art. 4º de la LDC se desprende la obligación de los influencers de informar cuando son partes de una campaña publicitaria paga. El derecho a la información “(e) el derecho a obtener los elementos necesarios a fines de posibilitar elecciones o tomas de decisiones favorables a sus intereses. En materia contractual se relaciona con la formación del consentimiento y previene la existencia de vicios en él. Se trata de la obtención de información necesaria para el actuar responsable en materia de consumo y para proteger al consumidor de mecanismos de venta y prácticas comerciales que puedan influir en sus decisiones tanto como afectar derechos económicos, personales y sociales”¹².

Es importante que el consumidor pueda saber que al leer a determinado influencer mencionando cierto bien o servicio en realidad está consumiendo el mensaje provisto por la empresa que organizó la campaña publicitaria, y que dicha información debe estar a la altura de los estándares de la LDC.

Es dable concluir respecto a las opiniones de los influencers que cuando generan contenido publicitario no solo están alcanzados por el deber de información hacia los consumidores, sino que también podemos identificar un deber de transparencia que se desprende de aquél. Transparencia que se traduce en permitirle saber al usuario cuándo está

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf>

¹² PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, Astrea, 2004, p. 58/59.

teniendo una conversación y cuándo es el receptor de contenido publicitario que busca llevarlo a contratar un bien o servicio.

b) Línea editorial vs. editorialización de plataformas

El alcance del deber de información y de transparencia también puede ser analizado a la luz de la función de las redes sociales y plataformas de streaming. Del mismo modo que nos preocupa a nivel micro que no se confunda la opinión de un individuo con una publicidad paga, a nivel macro es importante entender el alcance que tiene la responsabilidad de las plataformas a la hora de determinar el contenido que consumimos.

En este contexto no cabe discutir la aplicación de la ley de defensa del consumidor, ya que todo usuario de una red social o plataforma de streaming que consume su contenido con fines de entretenimiento es un consumidor en los términos del art. 1º LDC, de los servicios que presta profesionalmente una plataforma como proveedora en los términos del art. 2º LDC.

Ahora bien, identificamos previamente que en el caso de los medios de comunicación clásicos existe una línea editorial fácilmente identificable. Además, tienen responsabilidad por lo que se publica en sus plataformas, cuestión que ya ha dado lugar a basta jurisprudencia en la materia. Dicho esto, ¿puede existir en las plataformas de streaming y redes sociales algo asimilable a una línea editorial? Y si existe, ¿debe ser puesto en conocimiento del consumidor?

La experiencia de cada usuario en YouTube, Twitch, X (ex Twitter), Instagram, TikTok, etc., resultará sustancialmente diferente de acuerdo al contenido que la propia plataforma decida mostrar al consumidor en base a su ubicación, idioma, búsquedas previas, usuarios en seguimiento y otros factores que son computados por el algoritmo que decide de manera instantánea y automatizada qué mostrarle a cada uno. Teóricamente este algoritmo está diseñado para maximizar el engagement del usuario, para que consuma la plataforma durante mayor tiempo, mostrándole contenido que pueda ser de su interés.

A diferencia de un medio de comunicación clásico, el contenido de estas plataformas está creado por usuarios que utilizan también la plataforma (sea como simples usuarios o como creadores profesionales de contenido), sin injerencia de la propia plataforma sobre el contenido a publicar. Esto es relativo porque en adición a normas básicas como la prohibición de publicar

contenido ilegal, cada plataforma tiene ciertas reglas propias de moderación: reglas sobre “desinformación”; sobre límites al contenido legal pero sensible (como sucede con los canales de YouTube con contenido sobre armas de fuego); sobre vocabulario admisible, entre otras reglas que pueden ser explícitamente informadas o no.

Esto debería significar que el contenido al que nos vemos expuestos en las distintas plataformas resulta orgánico y es un reflejo de lo que publican libremente los creadores de contenido, es tendencia entre los usuarios y se adapta a nuestros intereses personales de consumo. La realidad es diferente.

Por ejemplo, en X existe el “shadowban”¹³, que es una medida que toma la plataforma para ocultar contenido y exposición de un perfil (sin aviso al usuario y sin explicar los fundamentos); existen estudios sobre las recomendaciones de videos de YouTube y la muy probable existencia de una tendencia a recomendar videos de ideología política de izquierda sobre videos de ideología política de derecha¹⁴; el contenido mostrado a niños y adolescentes en TikTok en los Estados Unidos está mayormente orientado al entretenimiento, mientras que en China se los expone a contenido educacional¹⁵.

Esto significa que una plataforma, si bien no elige el contenido que se publica en ella y funciona como un foro para sus usuarios para que publiquen y debatan libremente, podría en la práctica “editorializar” su plataforma, no mediante la publicación de contenido por su cuenta, sino que depurando contenido contrario a la línea editorial que pretenden impulsar. Esto motivó en Estados Unidos una orden ejecutiva del Presidente Trump en 2020¹⁶ (que fue posteriormente revocada por el Presidente Biden)

¹³ Pinzón, Stephanny, *El shadowban de Twitter: qué es y cómo afecta la visibilidad de la cuenta*, disponible en <https://www.infobae.com/tecnologia/2023/08/04/el-shadowban-de-twitter-que-es-y-como-afecta-la-visibilidad-de-los-usuarios/>

¹⁴ Hazem Ibrahim, Nouar AlDahoul, Sangjin Lee, Talal Rahwan, Yasir Zaki; *YouTube's recommendation algorithm is left-leaning in the United States*; PNAS Nexus, Volume 2, Issue 8, August 2023, pgad264, disponible en <https://academic.oup.com/pnasnexus/article/2/8/pgad264/7242446>

¹⁵ Zahn, Max, *Is TikTok different in China? Here's what to know*, disponible en <https://abcnews.go.com/Business/tiktok-china/story?id=108111708>

¹⁶ <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>

precisamente estableciendo que las plataformas que no restrinjan el contenido publicado en ellas serán tratadas como plataformas, mientras que las que sí lo hagan serán asimiladas a “editoriales”, y por ende responsables por el contenido que sea mostrado en sus portales.

En estos términos, y sin que el consumidor pueda saberlo, estos algoritmos podrían modificarse para impulsar y aumentar la exposición de determinado contenido en detrimento de otro, sea con fines publicitarios, partidarios, ideológicos y hasta criminales. Se podría realizar publicidad ya no mediante la exposición activa de contenido, sino mediante la limitación de contenido en sentido contrario, logrando igualmente el efecto de modificar la conducta del consumidor al hacerle creer que orgánicamente se habla en mayor medida en redes de determinado producto o servicio por sobre un competidor.

Todo esto, a diferencia de la línea editorial del medio de comunicación clásico, con el agravante de que el consumidor creerá que esto es un reflejo de lo que sucede en el mundo real y que es parte de la conversación pública, cuando en realidad se lo está introduciendo en una echo-chamber (de acuerdo al diccionario Cambridge¹⁷, “una situación donde la gente solamente escucha opiniones de un tipo, u opiniones que son similares a las propias”).

Si respecto a la opinión de influencers -sujetos con alcance de limitada escala dentro del gran esquema de las redes- consideramos que debe existir deber de información y de transparencia respecto de las opiniones que expresan públicamente impulsando determinado contenido, resulta aun más importante trabajar en pos de regular criterios, obligaciones y deberes de las plataformas online que permitan transparentar el contenido al que se ven expuestos los usuarios y consumidores (ya sea en cuestiones comerciales como también en cualquier otro ámbito de la conversación pública).

Después de todo, la transparencia es uno de los principios rectores que motivaron la redacción de nuestra LDC, según las palabras del senador Luis A. León (uno de los redactores del proyecto original) durante su tratamiento en la Comisión de Comercio, el 17/12/1991: “En la medida que exista un verdadero sistema de contrapesos ético-jurídicos destinados a hacer transparente al mercado resultará beneficiada la actividad económica en general, por vía de mejores niveles de calidad, precios y servicios,

¹⁷ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/echo-chamber>

requisitos indispensables para insertar nuestra producción en el mercado mundial y permitir un mejoramiento del nivel y calidad de vida de todos los habitantes de nuestra Nación”¹⁸.

¹⁸https://www.diputados.gov.ar/export/hcdn/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/archivos/Debate_Ley_24240.zip

INFLUENCERS: ¿BUENAS RECOMENDACIONES O FORMAS PUBLICITARIAS ENCUBIERTAS?

Por Graciela Gloria Pinese¹

I. CONCLUSIONES

1. Las nuevas formas publicitarias existen, los influencers existen y están activamente presentes en la sociedad; negarlo sería necedad, no ver el presente y quedar anclado en el pasado y sus formas publicitarias. El régimen jurídico de los influencers en Argentina se está desarrollando, debiendo cumplir aquéllos con el marco legal existente y actuar con honestidad y transparencia, y evitar publicar información falsa o engañosa o realizar prácticas engañosas. También deben respetar y tener en cuenta los derechos de los consumidores, la propiedad intelectual y otros derechos e intereses de terceros.

2. Para estas nuevas formas publicitarias la ley de defensa del consumidor sigue vigente y con absoluta aplicabilidad, pero es necesario, ante los cambios ocurridos en los medios de comunicación y los nuevos actores de la publicidad, aceptar que han cambiado los conceptos tradicionales de marca, publicidad, y que hoy –entendemos- incluyen a los influencers.

3. Por ello pretendemos de este congreso se recomiende al Congreso de la Nación la regulación de los influencers o influenciadores o prescriptores de opinión, estableciendo: a) su pertenencia a la marca y por ende al complejo comercial publicitario con las innovaciones sufridas; b) la delimitación expresa de las actividades que puede realizar dentro del complejo comercial publicitario, y c) su responsabilidad, al igual que el resto de los actores, en ese complejo comercial publicitario. Que así sea.

¹ Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1978; Carrera Docente, Facultad de Derecho UBA; Dir. del Departamento de Derecho y Profesora Titular ad honorem en las asignaturas Derecho Civil y Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Económicas UNLZ; Integrante del Proyecto del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLZ “Observatorio de la publicidad, la competencia y el consumo”.

II. FUNDAMENTOS

1. OBJETIVOS Y FINALIDAD DE LA PONENCIA

Los objetivos son: 1. Que se sitúe a los influencers formando parte de la cadena de consumo en función de la actividad realizada por estos nuevos actores sociales, se demuestre que los influencers forman parte de la cadena de consumo y requieren ser regulados legalmente como un eslabón más de la misma; 2. Establecer que son actores del complejo comercial publicitario; 3. Obtener en este Congreso una recomendación para que el órgano legislativo trabaje y sancione una regulación especial para esta modalidad de publicidad, ya sea dentro de las normas que regulan el complejo comercial publicitario o por fuera y de manera especial. Todo ello con el fin de alcanzar la protección necesaria y adecuada de usuarios y consumidores de bienes y servicios dada su vulnerabilidad ante estas nuevas formas publicitarias en plataformas.

2. METODOLOGÍA

La metodología de la ponencia es deductiva, partiendo del análisis de términos fundamentales y necesarios para su realización y arribar a la conclusión y pretensión del mismo en este Congreso.

3. CONCEPTOS PRELIMINARES

a) *Entornos digitales*

Lo constituyen todas las plataformas, aplicaciones y herramientas de internet que permiten interactuar a personas y organizaciones a través de medios o espacios virtuales, tales como Zoom, WhatsApp, Facebook, X, Instagram, entre otros.

Desde la primera revolución industrial, con la aparición de la máquina de vapor hasta la actualidad, hemos atravesado la era de la ciencia y la producción masiva alimentada con la electricidad (segunda revolución industrial); la tercera con el surgimiento de la computación y las tecnologías digitales, y la cuarta que se centra en los sistemas ciberfísicos, la robótica, internet, inteligencia artificial, cadena de bloques, entre otros.

La expansión del uso de internet y de medios digitales permitió una nueva impronta a las tradicionales estrategias del marketing y de la

publicidad, sin perder el objetivo del complejo comercial publicitario, que es la creación y satisfacción de necesidades de manera incesante: Los influencers que “son personas que gozan de reconocimiento social en internet gracias a su amplia red de seguidores y plataformas digitales, y la influencia que ejercen en su comunidad. Son líderes de opinión, o influyentes en el entorno digital, que crean y comparten contenidos sobre temas concretos en los que gozan credibilidad formando parte de las estrategias de marketing y comunicación de las empresas y organizaciones).².

b) Plataformas. Tecnologías disruptivas. Software. Hardware.

Una plataforma es un sistema operativo, un gran software que sirve como base para ejecutar determinadas aplicaciones compatibles con este.

Por su parte, el software, formado por una serie de instrucciones y datos, es la vida del computador, pues permite que todos sus componentes funcionen de forma ordenada.

Es adecuado diferenciarlo del hardware, la parte física del dispositivo (monitor, placa principal, fuente de alimentación, etc.).

Según J.K. Galbraith “Se entiende por tecnología la aplicación sistemática del conocimiento científico, criptoactivos”).³

Conforme el mismo autor, “Una tecnología es disruptiva cuando alcanza tal magnitud de uso que reemplaza alguna otra que se utilizaba para tal fin” y “pueden describirse como destructivas y creativas la vez, porque hacen obsoletos los productos antiguos, e incluso industrias enteras, y crean otros en su lugar”.⁴

² “Libro Blanco de la influencia responsable” (San Miguel-Arregui, Patricia; Sadaba-Garraza, Teresa; Morales, Begoña; et al. "El libro blanco de la influencia responsable". Pág. 13, IC Media, 2021).

³ Branciforte, Fernando Omar, “Aspectos legales, Blockchain, Criptoactivos, Smart Contracts y Nuevas tecnologías”, pág. 22, Ediciones innovación jurídica, dyd, 2021.

⁴ Branciforte, Fernando Omar, “Aspectos legales, Blockchain, Criptoactivos, Smart Contracts y Nuevas tecnologías”, pág. 22, Ediciones innovación jurídica, dyd, 2021.

Hay tecnologías disruptivas duras, como los smartphones, tablets, computadoras, y blandas como el E-Commerce, el coaching ontológico jurídico, el teletrabajo, la IA, entre otras.⁵

c) Influencers

Señala Juan Manuel Ottati Paz que “existen distintas acepciones de “influenciadores” e “influencers”. Al ser un término importado recurrimos a manuales extranjeros y de marketing y al proyecto de ley del 2020 Valverde... El marketing define al influencer como “persona o grupo de personas que tiene o tienen la habilidad de influenciar el comportamiento o las opiniones de otros: el influencer es un individuo que de alguna forma significativa o con autoridad genera un efecto en las decisiones de consumo”.⁶

Fernando Omar Branciforte describe al influencer “como aquella persona que, o bien ya tenía popularidad por ser una celebridad, o bien adquirió su popularidad a través de distintas redes sociales (Instagram, Facebook, TikTok, Twitter, Youtube, entre otras) y que tiene un muy elevado número de seguidores en estas redes, a quienes da consejos y muestra distintas situaciones de sus vidas (que luego son imitadas y comentadas por aquellas personas que están pendientes de sus movimientos)”.⁷

d) Responsabilidad

Nuestra ley fundamental establece en su art. 19 el principio general que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero.

El CCCN establece en su art. 1710 que la función de la responsabilidad es preventiva: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de

⁵ Branciforte, Fernando Omar, “Aspectos legales, Blockchain, Criptoactivos, Smart Contracts y Nuevas tecnologías”, pág. 22, Ediciones innovación jurídica, dyd, 2021.

⁶ El impacto de las redes en las decisiones de las personas. La confianza generada por los influenciadores de internet, pág. 124, en “La disrupción digital y sus impactos en el ser humano. Una mirada Jurídica”, Dir. Celia Weingarten, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 2023.

⁷ Branciforte, Fernando Omar, Aspectos legales Blockchain, Criptoactivos, Smart contracts y Nuevas tecnologías, pág. 211, Ediciones dyd innovación jurídica, Ciudad Autónoma de Bs.As., 2021.

ella dependa de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud..., c) no agravar el daño si ya se produjo daño”. El art. 1711 dispone que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

El art. 1716 regla la función resarcitoria: “La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado conforme con las disposiciones de este Código”.

El art. 1721 establece que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos.

e) Consumos problemáticos

El art. 2 de la ley 29.934/2014 define al consumo problemático y cómo puede manifestarse: “se entiende por consumos problemáticos aquellos consumos que —mediando o sin mediar sustancia alguna— afectan negativamente, en forma crónica, la salud física o psíquica del sujeto, y/o las relaciones sociales. Los consumos problemáticos pueden manifestarse como adicciones o abusos al alcohol, tabaco, drogas psicotrópicas —legales o ilegales— o producidos por ciertas conductas compulsivas de los sujetos hacia el juego, las nuevas tecnologías, la alimentación, las compras o cualquier otro consumo que sea diagnosticado compulsivo por un profesional de la salud”.

Destacamos que en el consumo problemático no existen diferencias de género.

4. EL PODER Y EL NEGOCIO DE LA INFLUENCIA

Conforme Andrés Gil Domínguez la era que transitamos es “la cuarta revolución industrial que posibilita la fusión de los mundos físico, digital y biológico en nuestras vidas cotidianas ... y genera como principales emergentes o enseres tecnológicos la digitalización, el big data, la inteligencia artificial, la blockchain, la tokenización y el metaverso, los que

con sus características aportan el ensamblado de un nuevo escenario cultural, económico y jurídico...”.⁸

“La era digital ha mejorado muchos aspectos de nuestra vida. Nunca existió un acceso a la información, ni tanta información disponible de manera gratuita. Muchos grupos y personas usualmente marginadas tienen ahora en sus manos grandes e imparables megáfonos digitales. Quienes están físicamente alejados pueden sentirse más cerca gracias a la digitalización. Sin embargo, también aparecen desafíos sociotecnológicos en temas tales como la desinformación y manipulación de elecciones, el acoso digital, el uso de los datos, el trabajo y los mercados laborales, la identidad digital, la brecha digital, las formas de gobierno digital y la existencia de múltiples metaversos nacionales”.⁹

Ante la realidad descrita y la anomia legislativa en muchos aspectos, nos dedicamos en este trabajo a un relevamiento de disposiciones legislativas sancionadas por diferentes Estados en pos de la regulación de la actividad de influencers o prescriptores de opinión en las distintas plataformas digitales.

5. ACTIVIDAD DE INFLUENCERS

Nos preguntamos: 1. ¿Cuál es el tipo de actividad que realizan?, 2. ¿Su actividad es solo recomendar un buen producto o servicio de manera desinteresada?, 3. ¿Qué trascendencia tienen sus recomendaciones?, 4. ¿Crean opinión a partir de ellas?, 5. ¿En quiénes influyen?, 6. ¿Es necesaria una regulación normativa de su actividad?

Para responder la primera pregunta es necesario diferenciar publicidad y propaganda.

La actividad publicitaria es un “fenómeno de la comunicación cuyo desarrollo se produjo principalmente en el campo de la economía con la finalidad de aumentar la difusión de los productos que se producen en escala. Por lo tanto, la producción en masa de bienes y servicios, conjuntamente con la repetición de actos en serie, conlleva también la publicidad como uno de

⁸ Gil Domínguez, Andrés, “Constitucionalismo social”, pág. 13, ed. Ediar, Bs.As., 2023.

⁹ Ball, Matthew, “El metaverso. Y como lo revoluciona todo”, Deusto, Barcelona, 2022, p. 392, en Constitucionalismo social, pág. 51, ed. Ediar, 2023.

los “instrumentos de que se vale la empresa para influir sobre la acción humana, predominantemente mediante la manipulación de las representaciones, con el objeto de presentar o dar a conocer el bien”.¹⁰

La publicidad y la propaganda trabajan con la comunicación, y si bien ambas comunican, lo hacen de forma y con propósitos diferentes. La propaganda es más amplia en cuanto al ámbito en el que influye (político, religioso, comercial) a diferencia de la publicidad, más direccionada a la comercialización de productos, servicios y la potenciación de marcas.

La propaganda busca el cambio de un estado de la conciencia, de las ideas, del pensamiento, y la publicidad suele ser un mensaje comercial que busca promocionar un producto o servicio específico.

Ambas utilizan los medios de comunicación, canales e instrumentos para informar, y el problema al que se enfrentan organizaciones y Estados es que muchas veces las reglamentaciones legales no contemplan a estas nuevas figuras digitales. En muchos casos solo se cuenta con lo que impone la misma plataforma (condicionamientos volátiles e interesados).

Muchos influencers brindan consejos y recomendaciones de actividades colegiadas vinculadas con la salud, como la alimentación o el ejercicio. Algunos de los “instagramers fit” o “healthy” de Argentina son estudiantes sin título habilitante para ejercer aún la profesión, pero sin problemas para sugerir rutinas o dietas en redes sociales incurriendo en el intrusismo.

Sus seguidores ven en ellos pares en quienes confiar sin percibir el verdadero propósito perseguido en sus seguidores, que es generar futuros consumidores de bienes o servicios. Señalamos la importancia del ecosistema de la influencia constituido, conforme Manuel Rasán, por: ciudadanos/ usuarios/ consumidores, influencers, plataformas, marcas, agencias y representantes de las redes sociales, medios de comunicación, instituciones, organizaciones y reguladores y avanzar en una regulación integral del mismo.¹¹ ... “Cada año las redes sociales se afianzan como un

¹⁰ “La publicidad engañosa en las relaciones de consumo y posibles mecanismos de defensa”, Barocelli, Sergio Sebastián, Arias Cáu, <http://ar.microjuris.com/MJ-DOC-13571-AR-IDSAIJ:DACf190197>, 6 de junio de 2018.

¹¹ “Libro Blanco de la influencia responsable” (San Miguel-Arregui, Patricia; Sadaba-Garraza, Teresa; Morales, Begoña; et al. "El libro blanco de la influencia responsable". Pág. 12, IC Media, 2021).

canal de comunicación e información más sobretodo para el 76% de la generación Z, jóvenes entre 16 y 24 años¹². “Asimismo los usuarios afirman que las redes sociales se utilizan con cuatro objetivos principales: entretenerse, interactuar, informarse e inspirarse. Se corrobora y es demostrativo de la importancia de la necesidad de regulación del complejo comercial publicitario a través de las diferentes redes sociales dado ser los canales más utilizados: “El 92% de los usuarios en redes sociales sigue a amigos, familiares y conocidos en redes y el 48% sigue a influencers. Este porcentaje sube hasta el 74% entre los jóvenes de 16 a 24 años y el 50% de los jóvenes entre 16 y 24 años considera que los influencers son muy creíbles o bastante creíbles...”.¹³

Se deben tener en cuenta las diversas disciplinas involucradas en rededor de los influenciadores, las cuales tienen que estar presentes al tratar los peligros y efectos de sus actividades y su regulación. Es un problema multidisciplinario cuyo iceberg es la publicidad, pero mucho más profundo y peligroso.

Es necesario que todos los agentes del ecosistema de la influencia comercial ejerzan su rol con responsabilidad, más allá de la que le corresponda a los influencers en particular, para quienes proponemos se recomiende su regulación sin descontextualizarla del sistema que integran.

Sostenemos que el problema en la comunicación publicitaria por influencers es disimular su carácter y el de la información brindada, que es publicitaria y no mera información, ocultando el verdadero objeto y fin de su actividad.

Según Laura Pérez Bustamante, con quien coincidimos, “el influencers es una actividad profesional remunerada con el propósito de

¹² “Libro Blanco de la influencia responsable” (San Miguel-Arregui, Patricia; Sadaba-Garraza, Teresa; Morales, Begoña; et al. "El libro blanco de la influencia responsable". Pág. 16, IC Media, 2021).

¹³ “Libro Blanco de la influencia responsable” (San Miguel-Arregui, Patricia; Sadaba-Garraza, Teresa; Morales, Begoña; et al. "El libro blanco de la influencia responsable". Págs. 16 y 18, IC Media, 2021).

generar un efecto en aquellos seguidores (o followers) que pueden resultar posibles consumidores de un determinado bien o servicio”.¹⁴

Todo lo expresado motiva la revisión de la normativa interna en pos de: a) determinar si su aplicación regularía acabadamente a esta nueva forma publicitaria a través de influencers; b) si podría incluirse la nueva actividad y sus actores; c) si se requiere de una normativa concreta que la contemple.

Nos ayudará en este objetivo observar la legislación existente en otros Estados.

Cualquiera de las posibilidades referidas debiera establecer que: a) la actividad que realizan es publicitaria, b) delimitación de la actividad publicitaria realizada por los influencers, c) identificación del anunciante y del operador, d) responsabilidad en el desempeño de la actividad.

Para que cualquiera de las opciones prospere debe ser el Congreso de la Nación quien tenga la voluntad de llevarla a cabo, y por ello creemos oportuno que este congreso efectúe una recomendación de la necesidad de su regulación legal, que deberá atender -además de la cuestión de la actividad profesional que desempeñan los influencers- las incertidumbres y peligros que se generan en estas nuevas modalidades de comercialización en niños y adolescentes, entre otros.

Tampoco se debe dejar de lado la cuestión del lenguaje técnico y el idioma extranjero en que generalmente se expresan, al cual no todos acceden.¹⁵

Sostiene la autora citada que “resulta conveniente adaptar los modismos lingüísticos utilizados en el e-marketing a nuestras propias pautas o valores culturales para transitar en paralelo con el avance de las nuevas tecnologías digitales sin dejar fuera de la mercadotecnia a distintos sectores de la población”.¹⁶

¹⁴ Pérez Bustamante, Laura, “Marketing digital y protección del consumidor. Herramientas para evitar los abusos”, pág. 318, párrafo 4, “Marketing digital y protección del consumidor. Herramientas para evitar los abusos”, ed. Astrea, Bs. As., 2022.

¹⁵ Pérez Bustamante, Laura, “Marketing digital y protección del consumidor. Herramientas para evitar los abusos”, pág. 318, ed. Astrea, Bs. As., 2022.

¹⁶ “Marketing digital y protección del consumidor”, Laura Pérez Bustamante, Dir., pág. 332/333, ed. Astrea, Buenos Aires, 2022).

6. LEGISLACIÓN COMPARADA

España

La Ley 13/2022 nace para adoptar un marco jurídico actualizado acorde con la evolución que el mercado audiovisual sufrió en los últimos años y a fin de lograr un equilibrio entre el acceso a los contenidos, la protección de los usuarios y la competencia entre los distintos prestadores de dicho mercado, con la inclusión, bajo las mismas reglas de juego, de todos los actores que compiten por una misma audiencia.

Esta ley regula la prestación del servicio de comunicación audiovisual y del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. La mayoría de las definiciones y el ámbito de aplicación vienen definidos por la norma europea que se transpone. Obliga a los prestadores a adoptar medidas para proteger a los menores de edad de programas, vídeos generados por usuarios y comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar a su desarrollo físico, mental o moral.

El título I establece los principios generales de la comunicación audiovisual: respetar la dignidad humana, los valores constitucionales, transmitir una imagen igualitaria y no discriminatoria, debiendo ser respetuosa con el valor superior constitucional del pluralismo e inclusiva en la forma de presentar a las personas con discapacidad y el acceso que esas personas tienen a la comunicación audiovisual. También regula el respeto a la diversidad cultural y lingüística y la alfabetización mediática.

El título II determina la prestación del servicio de comunicación televisiva y el título III establece lo pertinente al servicio público de comunicación audiovisual.

Mediante el título V se establecen las obligaciones de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y, en su caso, de los servicios de medios o redes sociales cuya funcionalidad esencial permita el intercambio de vídeos. Los prestadores de este tipo de servicios deberán adoptar las medidas adecuadas para proteger a los menores y al público en general, de contenidos perjudiciales o que inciten al odio o la violencia o contengan una provocación a la comisión de un delito de terrorismo.

El art. 94 regula la figura de usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma, quienes se considerarán prestadores del servicio. Deberán respetar la obligación de la protección de los menores, conforme el art. 99, al comercializar contenido

audiovisual. La irrupción y consolidación de estos nuevos agentes requiere de un marco jurídico que refleje el progreso del mercado y que permita lograr un equilibrio entre el acceso a estos servicios, la protección del consumidor y la competencia.

El título VI reúne las obligaciones de los servicios de comunicación audiovisual televisivos, tanto lineales como a petición, protegiendo a los menores tanto en la forma en que aparecen representados en estos servicios como en el uso que hacen de los mismos, en consonancia con la regulación contenida en el capítulo VIII del título III, relativo a las nuevas tecnologías, de la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Se incluye una referencia a los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma con el fin de prever que dichos servicios en España puedan sumarse a los acuerdos de correulación que se adopten para garantizar una única descripción, señalización y recomendación por edades de los contenidos audiovisuales.

El título X recoge el régimen sancionador, mediante cual se busca una definición precisa de los tipos de infracción, se gradúan dichos tipos en función de la gravedad y se establece la cuantía máxima de las sanciones correspondientes a cada tipo infractor, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ingresos del responsable.

Real decreto 444/2024

El capítulo primero establece el objeto y el ámbito de aplicación considerando que este decreto se aplica las personas físicas o jurídicas que cumplan con los requisitos del art. 94. 2 inc. a y c que establece: “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos usuarios que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan de forma simultánea los siguientes requisitos: a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él”.

El capítulo segundo se centra en los requisitos de ingresos y audiencia significativa.

Francia

La Ley n° 2023-451 se sancionó a fin de regular la influencia comercial y combatir los excesos de los influencers en las redes sociales. Regula la actividad de influencia comercial por medios electrónicos, comprendiendo a las personas naturales o jurídicas que, a cambio de una remuneración, movilicen su notoriedad entre su público para comunicar por medios electrónicos, contenidos destinados a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios por medios electrónicos.

Titulo 1: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DE INFLUENCIA COMERCIAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A SU EJERCICIO

El art. 4 prohíbe: a) toda promoción, directa o indirecta, de actos, procesos, técnicas y métodos con finalidad estética mencionada en el artículo L. 1151-2 del código de salud pública y las intervenciones mencionadas en el artículo L. 6322-1 del mismo código; b) cualquier promoción, directa o indirecta, de productos, actos, procesos, técnicas y métodos que se presenten como comparables, preferibles o sustituibles a actos, protocolos terapéuticos o prescripciones; c) promocionar, directa o indirectamente, productos considerados nicotínicos, susceptibles de ser consumidos y compuestos, incluso parcialmente, de nicotina; d) exponer a animales salvajes fuera de las estructuras autorizadas; e) la promoción, directa o indirecta, de los siguientes productos y servicios financieros a personas que ejerzan actividad de influencia comercial por medios electrónicos; f) toda promoción, directa o indirecta, en favor de suscripciones a consejos o predicciones deportivas, bajo pena de las sanciones previstas en el Código del Consumidor.

Se modificaron disposiciones respecto del Código de Trabajo, el Código Monetario y Financiero y Código del Consumidor, que en su parte pertinente dispone que la promoción de bienes, servicios o cualquier causa realizada por los influencers deberá indicarse explícitamente mediante la mención “Publicidad” o “Colaboración comercial”.

La falta de indicación de la verdadera intención comercial de una comunicación es una práctica comercial engañosa por omisión en el sentido del artículo L. 121-3 del Código del Consumidor.

II. - Los contenidos comunicados por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta ley, incluidas las imágenes que hayan sido objeto de:

1° Una modificación mediante cualquier proceso de tratamiento de la imagen encaminado a afinar o espesar la silueta o modificar el aspecto del rostro, van acompañados de las palabras: “Imágenes retocadas”;

2° Las producciones realizadas mediante cualquier proceso de inteligencia artificial destinados a representar un rostro o una silueta se acompañan de la mención: “Imágenes virtuales”.

Art. 7

I.- La actividad de agente influyente consiste en representar, a cambio de una remuneración, a personas físicas o jurídicas que ejerzan la actividad de influencia comercial por los medios electrónicos definidos en el artículo 1, ante personas físicas o jurídicas y, en su caso, sus agentes, con el fin de promover, a título oneroso, bienes, servicios o cualquier causa.

Título II: REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS PUBLICADOS POR PERSONAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES DE INFLUENCIA COMERCIAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y ACCIONES DE SENSIBILIZACIÓN DEL PÚBLICO JOVEN (Arts. 10 a 18)

Capítulo I: Actividad de influencia comercial por medios electrónicos (Arts. 13 a 14).

Arts. 10 a 12: modifican la ley n° 2004-575 para la confianza en la economía digital.

Art. 11. “El coordinador competente de servicios digitales otorga el estatus de señalizador de confianza a las entidades que cumplan las condiciones establecidas en el mismo artículo 22 y que actúen en particular contra la violación de las disposiciones de la ley n° 2023-451, de 9 de junio de 2023, destinadas para regular la influencia comercial...»

Art. 12 . “Las autoridades nacionales competentes ponen a disposición de los proveedores de servicios intermediarios, al menos cada seis meses, la lista de sitios web que promocionan bienes o servicios considerados ilegales en virtud de la Ley n° 2023-451, de 9 de junio de 2023, destinada a regular la influencia comercial y combatir los excesos de los influencers en las redes sociales.»

El Art. 13 modifica el Código de Consumo en cuanto a las multas a aplicarse.

El Art. 14 modifica el Código Monetario y Financiero.

Capítulo II: Acciones de sensibilización pública sobre contenidos relativos a influencia comercial por medios electrónicos (Artículos 16 a 17).

Art. 17: En el plazo de dos años a partir de la promulgación de esta ley, el Gobierno presentará al Parlamento un informe de evaluación sobre su aplicación.

Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional

El primer código ICC (Cámara de Comercio Internacional) de prácticas publicitarias fue publicado en 1937 a fin de proveer una estructura para la comunicación y creatividad responsable que fuera globalmente aceptada y servir como instrumento de auto regulación para las comunicaciones comerciales. Sus disposiciones también pueden ser útiles en la regulación de otras formas de publicidad y comunicación no comercial y puede ser utilizado por los tribunales como documento de referencia. Se recomienda la utilización a nivel mundial.

En 2018 se efectúa su última actualización, desarrollándose un capítulo específico sobre mercadeo y publicidad comercial digital donde se define a la publicidad digital como aquella que utiliza los medios digitales interactivos. destinada principalmente a promover productos o influenciar el comportamiento del consumidor.

Se determinan los principios básicos de todo mensaje comercial: legal, decente, honesto y veraz. El mismo no debe explotar la inexperiencia y credulidad, asegurando que los consumidores entiendan y puedan ejercer sus derechos. En el capítulo C del código se regula la mercadotecnia cualquiera que sea su forma, medio o contenido. Contiene normas de conducta ética que deben ser respetadas por todas las personas involucradas sea como anunciantes, distribuidores, profesionales u otros contratistas ... Se refiere al término de operador “como cualquier persona, firma o compañía distinta del anunciante que suministra a éste o en su nombre, un servicio de mercadotecnia directa”. Podrían quedar dentro de la figura del operador los influencers.¹⁷

Mercosur

¹⁷ <https://cdi.mecon.gob.ar>

Las Resoluciones 270/2020 y 271/2021 son aplicables en el ámbito local.

En nuestro Estado, la Constitución Nacional reconoce los derechos de consumidores y usuarios en su art. 42: “Este precepto, compuesto por tres párrafos, se encuentra ubicado en el Capítulo II de la Primera Parte del texto constitucional aparecido en la última reforma constitucional de 1994.

En dicha cláusula se reconoce, precisamente en su párrafo 1 y de forma expresa, un torrente de derechos para los consumidores y los usuarios en el marco de la relación de consumo a saber: ... a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; en el párrafo 2 se determina que las autoridades proveerán a la protección de los derechos reconocidos en el anterior y asimismo enumera otras obligaciones que pesan sobre aquellas.”¹⁸

El referido art. 42 dispone en el párrafo 1 que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...”, pues corresponde diferenciar los conceptos de consumidores y usuarios.

Con respecto a la información, la ley 24.240 establece en su art. 4 (sustituido por el art. 169 del decreto 27/18) que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor “en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que produce, y las condiciones de su comercialización de forma adecuada, veraz y gratuita para aquél”.

El decreto 27/2018 estableció que “la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y será proporcionada en el soporte que el proveedor determine, excepto que el consumidor o usuario opte por lo que sea soporte físico, papel, echando por tierra el principio in dubio pro consumidor. Entendemos y sostenemos que es la ley la que debe fijar el modo de llevarse a cabo la información y no dejarlo al arbitrio y conveniencia del proveedor.”¹⁹

¹⁸ Pinese, Graciela-Corbalán, Pablo, Derecho Constitucional, pág. 560, ed. Cathedra Jurídica, Bs. As., 2012.

¹⁹ Pinese, Graciela-Corbalán, Pablo, Derecho Constitucional, págs. 48/49, ed. Cathedra Jurídica, Bs.As., 2012.

El Código de ética y autorregulación publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria establece principios sobre la forma en que deben llevarse a cabo las prácticas de marketing y de la publicidad en el ámbito local.

Respecto a los foros y redes sociales instituye el art. 39, punto 2, que “Las comunicaciones publicitarias en foros y redes sociales son apropiadas sólo cuando los integrantes de los mismos han manifestado su previa conformidad a recibir mensajes de tales características ...”. El punto 4 establece que los profesionales de la comunicación (Marketing viral) deberán encuadrar los contenidos de sus mensajes dentro de los parámetros del marketing viral y la publicidad responsable dado llegar los mismos a menores y a personas que por su grado de madurez, educación y nivel cultural pueden adolecer de la capacidad de discernimiento suficiente para su correcta interpretación, lo que puede derivar en efectos y consecuencias no deseables.

A propósito del marketing viral, fue Jeffrey Rayport el primero en hablar del mismo en su publicación *The virus of marketing* en 1996, bajo la siguiente premisa: “cuando se obtiene un mensaje con poco tiempo, mínimo presupuesto y máximo esfuerzo, nada vence a un virus”²⁰. Temeraria y preocupante definición.

Se establece en el art. 41 la responsabilidad ante la falta de observancia de las normas del Código citado, siendo también de aplicación las normas contenidas en el CCCN y las de derecho administrativo, dado el art. 3 de la ley 24.240, que establece la integración normativa.

El Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) ha implementado el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, que establece las normas y principios relativos a la publicidad digital y ha trabajado en diferentes directrices que abordan las actividades de los influencers, tales como “Influencers: Guía para la comunicación con fines comerciales”, que enumera ciertas obligaciones y recomendaciones dirigidas a influencers y empresas que contratan los servicios de influencers para actividades publicitarias.

La guía “Comunicación para fines comerciales: recomendaciones para influencers” ofrece un conjunto de recomendaciones para influencers:

²⁰ <https://www.fastcompany.com>, 31-12-1996.

obtener asesoramiento previo del propietario de la marca sobre la categoría de producto o servicio, el marco legal pertinente y las mejores prácticas; actuar con transparencia y honestidad; revelar cualquier pago o compensación recibida a cambio de promover un producto o servicio, así como cualquier conflicto de intereses; incluir el hashtag “contenido patrocinado” o similar cuando corresponda; cumplir las normas sobre comercio justo y ser conscientes de las disposiciones sobre publicidad comparativa.

En enero de 2022 el CONARP declaró en la publicación “Finanzas Digitales – Comunicación Comercial e Influencers” que la empresa pertinente debe capacitar a los influencers no expertos para que se comuniquen de forma transparente. El contenido que publican los influencers debe informar a los usuarios de manera clara y fácilmente perceptible sobre los posibles riesgos de la inversión, incluso recomendando el asesoramiento de profesionales especializados antes de seguir adelante con la publicidad del servicio o producto.

REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS CONSUMIDORES

Por José Luis Ramón¹

I. CONCLUSIONES

Propongo la regulación de los servicios digitales de intermediación en línea bajo un esquema que proteja a los proveedores que comercializan por estos espacios virtuales, así como a los usuarios y consumidores, frente a la posición dominante del proveedor del servicio de intermediación en línea (ej. MercadoLibre, Rappi, Glovo, Pedidos Ya, Amazon, entre otros). Así también, incluye la propuesta la aplicación de un impuesto (a cargo del prestador) a los servicios digitales de intermediación en línea y de publicidad en línea.

Cómo primer aspecto, entendemos al servicio digital de intermediación en línea como aquel que pone a disposición el espacio virtual a cargo del intermediario digital (ej. Mercado Libre) en el cual los proveedores ofertan bienes y/o servicios a usuarios y consumidores. En este sentido, encontramos que este mercado en línea tiene tres partes: quien oferta (proveedor), quien adquiere (usuario o consumidor) y quien hace posible ese encuentro (intermediario digital).

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Mendoza. En el ejercicio activo de la profesión desde el año 1.989. Docente. Miembro de organizaciones de Consumidores a nivel nacional. Dirigente de Partido político. Maestrando en Derecho de daños Facultad de derecho de la Universidad Mendoza. Diputado de la Nación Argentina; Diputado de la provincia de Mendoza. Miembro de las Comisiones de derecho de usuarios y consumidores de la H. Cámara de Diputados de la Nación. Co redactor del proyecto de código de las y los usuarios y consumidores de la Argentina, con estado parlamentario en la H. Cámara de Senadores de la Nación. Miembro y Presidente de la comisión de derechos y garantías constitucionales de la H. Cámara de Diputados de Mendoza. Patrocinante e impulsor de acciones colectivas en defensa del derecho de usuarios y consumidores de Mendoza y de la Argentina. Autor del proyecto y Ley sancionada y vigente de la zona fría de Argentina. Co autor de la Ley de góndolas. Co autor de los proyectos de acceso a las acciones colectivas de Argentina. Autor de los proyectos de regulación de la intermediación del comercio electrónico en la Argentina. Autor del proyecto de sobreendeudamiento de las y los usuarios y consumidores de Argentina. Y se extiende en <https://ramongutierrezyassociados.com/jose-luis-ramon/>.

Se puede observar, la intermediación en línea presenta grandes similitudes con el esquema regulado en la Ley de Góndolas: proveedores (PyMEs y otros) que colocan sus productos en el mercado (usuarios y consumidores) a través de grandes intermediarios (ej. supermercados) que tienen una posición dominante en la relación, y que les permite imponer condiciones, precios e incluso consumos a las otras partes (ej. no exponiendo los productos de algunos proveedores). De este modo, el proyecto recupera la finalidad y parte del contenido de la Ley de Góndolas, así también de la Ley de Tarjetas de Crédito (25.065) por ser una ley que regula una intermediación similar (con una regulación que entiendo más adecuada para este comercio tripartito).

Cómo segunda cuestión, nuestra legislación actual se limita a condenar de modo genérico las conductas abusivas o que distorsionen la competencia, sumado a alguna disposición específica sobre comercio electrónico (o fuera del establecimiento) en el marco de relaciones de consumo (Ley 24.240, Código Civil y Comercial), sin tener presente que estamos ante un mercado que profundiza las asimetrías entre las partes.

De tal importancia es la presencia de estos grandes intermediarios digitales en el mercado que recientemente el Congreso de los Estados Unidos se encuentra trabajando en la materia a efectos de determinar si hay monopolios y/o conductas anticompetitivas², en términos similares a los que presenta nuestra propuesta (ej. la competencia con productos de la propia plataforma, o la recopilación de datos de mercado, o si la capacidad de direccionar el consumo).

En el abordaje decidimos trabajar sobre cuatro objetivos que entendemos debe cumplir la implementación de la regulación:

² Link al resumen: (Spotify, un mundo de sensaciones, “*Los puntos clave de las audiencias históricas a las 4 plataformas líderes de EEUU*”, por Juan Elman”, 02/ago/2020) :

https://open.spotify.com/episode/2sBCkgDgdqiUX6qwIX2AOc?si=JkrQUu9uQOmNFztW3_jEYQ

Nota: es importante distinguir entre lo que son redes sociales, donde encontramos problemas vinculados a la libertad de expresión, su influencia en los procesos democráticos y el uso de datos personales, con lo que son intermediarios digitales (Amazon) donde el problema es estrictamente económico y pasible de regulación sin esta dimensión constitucional/convencional.

1. El servicio de intermediación no puede implicar una excusa para usar el dinero de los proveedores, usuarios o consumidores, es decir, captar ahorro público o financiarse a través de los tiempos para acreditar el producido de las operaciones concretadas;
2. La intermediación en línea no puede asignar prioridades en la venta, o condicionar el acceso a bienes, servicios o proveedores adheridos en función de los intereses económicos del intermediario digital, o sus acuerdos comerciales;
3. La intermediación en línea no puede imponer el uso del ecosistema del intermediario digital (encarecer o condicionar la intermediación por medio de los servicios de pago, de envío, seguros, u otros servicios conexos);
4. La intermediación no puede ser una oportunidad para obtener información del proveedor o los usuarios o consumidores, más allá de la indispensable para concretar la operación.

En consecuencia, nuestra propuesta se estructura en torno a limitar la posibilidad del intermediario de imponer condiciones de mercado, direccionar el consumo, alterar la publicidad, o introducir productos propios (directa o indirectamente) en perjuicio de los restantes proveedores.

Impuesto a los servicios digitales.

También contemplamos un impuesto a los proveedores de servicios de intermediación en línea, y de publicidad en línea, que son los grandes ganadores.

De este modo, estimamos una alícuota del 5% sobre precio, comisión o como se denomine que percibe el proveedor del servicio, a cargo de quien presta el servicio, por lo cual no resulta trasladable de modo directo, sin perjuicio que implique un aumento del precio, servicio o comisión, el eterno discurso que cobrarle impuestos a los actores económicos o reconocerle derechos a los usuarios, consumidores o trabajadores implica su traslado al precio final.

El objetivo es sobre la percepción del impuesto, debido a que tras el giro al exterior es de difícil o imposible percepción a proveedores de servicios digitales radicados en el extranjero (Google, Amazon, etc.), y contempla la obligación de AFIP y BCRA de cooperar con las provincias

para lograr el cobro de los ingresos brutos correspondientes a sus jurisdicciones.

Actualmente se discute en el mundo como es la relación entre las transnacionales que brindan servicios digitales y los fiscos nacionales (ej. la “tasa Google”), con una fuerte defensa de Estados Unidos en favor de las empresas radicadas en su territorio.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN.

Si bien el desarrollo del comercio electrónico (o e-commerce) ha sido objeto de fomento por parte de la Ley 27.506 de Promoción de la Economía del Conocimiento, art. 2 inc. “a.i.”, así como beneficiado por el contexto de aislamiento social, preventivo y obligatorio consecuencia el covid-19, también es importante reconocer que la intermediación en línea es un espacio propicio para prácticas anticompetitivas, abusivas o que ocasionen distorsiones en el mercado y en la sociedad.

De este modo, se sancionó la Ley de Góndolas (27.545) para proteger a las PyMEs y economías regionales de posibles abusos de los grandes actores que intermedian en el mercado, por medio de esta propuesta se busca reconocer la existencia de una asimetría estructural entre los proveedores (generalmente PyMEs), usuarios y consumidores frente a los proveedores de servicios de intermediación en línea (ej. Mercado Libre, Rappi, Glovo, Pedidos Ya, por citar los más reconocidos), fomentando el comercio electrónico mediante la consagración de reglas de transparencia y equidad en estas relaciones.

Por otro lado, así como la crisis económica consecuencia del covid-19 perjudicó a la mayor parte del entramado social y productivo, la crisis económica también reportó considerables beneficios económicos a ciertos sectores, especialmente los proveedores de servicios de intermediación en línea.

En consecuencia, esta iniciativa intenta introducir un impuesto a los servicios digitales de intermediación en línea, y de publicidad en línea. De este modo, los sectores más beneficiados aportan a la reactivación económica del mismo modo que el impuesto P.A.I.S. (Ley 27.541 de

Solidaridad Social y Reactivación Productiva) recepta un esfuerzo colectivo de la sociedad.

2. LA PARTE GENERAL.

Como primera cuestión, se debe integrar con las disposiciones de la Ley 24.240 (de Defensa del Consumidor), la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia, el Régimen de la Lealtad Comercial, o las que las reemplacen, debido a que la regulación no pretende derogar estos regímenes, sino complementarlos con disposiciones específicas, y siempre bajo el principio de la norma más favorable para el usuario o consumidor (art. 3 Ley 24.240).

Cómo segunda cuestión, los servicios digitales, así como la actividad en línea (internet o telecomunicaciones) no ha sido objeto de una regulación o abordaje sistemático desde el lenguaje, motivo por se opta por establecer un artículo específico con “definiciones” a sus efectos.

De este modo, encontramos que en la intermediación en línea concurren tres actores: (a) el proveedor, (b) el comprador, y (c) el intermediario, quien pone a disposición los medios para vincular a los dos primeros. En consecuencia, se define al “intermediario digital”, “proveedor adherido”, “usuario o consumidor”, así como a la “plataforma digital” (medio por el cual se vinculan las partes), y el concepto de “servicios de intermediación en línea” así como de “servicios de publicidad en línea” (actividades gravadas).

Cabe destacar que la propuesta de regulación pretende abordar la intermediación en línea cuando es total o parcialmente destinada a usuarios o consumidores (sin incluir una definición propia, sino remitir a la Ley 24.240 a efectos de conservar coherencia con todo el ordenamiento), es decir, que el régimen, así como protege a los usuarios y consumidores y a sus proveedores, no perjudique la intermediación en línea cuando es estrictamente entre partes profesionales o empresarias.

Por último, en cuando a las fuentes de nuestra propuesta, intentamos que se recuperen o se tenga presente las leyes vigentes, iniciativas legislativas (ej. S-0667/20, S-11039/20, S-2576/19, 2143-D-2020, entre otros), legislación provincial (principalmente el código fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Chubut), doctrina y el proyecto

español:

<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=V>

[ERLST&BASE=pu12&DOCS=11&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-401.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1.](#)

3. EL RÉGIMEN DE LA INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA.

El objetivo es establecer un régimen de intermediación en línea, con una estructura que recupere parcialmente la Ley 25.065 de tarjeta de crédito debido a las similitudes: la necesidad de regular un sistema donde hay un intermediador (parte fuerte) que vincula a dos partes (comercios adheridos y consumidores) en la adquisición de bienes y productos. Así mismo, también recuperar disposiciones de la Ley de Góndolas (27.545) destinadas a corregir las consecuencias de la asimetría entre los pequeños proveedores y los grandes intermediadores del mercado.

Cabe destacar que no entendemos cuestionable per sé a la intermediación en línea, sino que también la reconocemos como un ámbito propicio para el desarrollo de conductas abusivas o anticompetitivas, como ejemplifica una sanción impuesta por el Secretario de Comercio del Interior y Servicios de la Provincia de Santa Fe a Pedidos Ya (Disposición N°S-12, fecha 24/07/2020) por aumentos de comisiones e imposición de condiciones abusivas, o la imputación de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores a Rappi, Glovo y Pedidos Ya por contener cláusulas abusivas e información engañosa.

Esos incidentes, que son ejemplos de distorsiones indeseables e ilícitas, nos inspira y obliga a establecer un marco regulatorio con disposiciones específicas, tanto por las propias particularidades del medio digital, como por la necesidad de mecanismos de tutela efectivos, con criterios claros y homogéneos respecto de los alcances de las obligaciones del intermediario digital, así como las restantes partes.

De este modo, establecer conductas vedadas al intermediario digital; sus obligaciones; establecer disposiciones que eviten el abuso en la posición dominante; y reglas de exhibición, siempre con el objeto de prevenir conductas abusivas bajo cuatro principios rectores, en donde el servicio de intermediación:

1°) No puede implicar una excusa para usar el dinero de los proveedores, usuarios o consumidores, es decir, captar ahorro público o financiarse a través de los tiempos para acreditar el producido de las operaciones concretadas;

2°) No puede asignar prioridades en la venta, o condicionar el acceso a bienes, servicios o proveedores adheridos en función de los intereses económicos del intermediario digital, o sus acuerdos comerciales;

3°) No puede imponer el uso del ecosistema del intermediario digital (encarecer o condicionar la intermediación por medio de los servicios de pago, de envío, seguros, u otros servicios conexos);

4°) No puede ser una oportunidad para obtener información del proveedor o los usuarios o consumidores, más allá de la indispensable para concretar la operación.

Se debe complementar esta regulación con la prohibición de imponer sanciones unilaterales a los usuarios o consumidores, así como consumos tácitos u otros modos de extender la entidad económica de su obligación; la prohibición de cláusulas de exoneración de responsabilidad del intermediario digital frente al proveedor adherido, usuario o consumidor, o del proveedor adherido frente al usuario o consumidor; la facultad del intermediario digital resolver en contrato con el proveedor adherido, y repetirle los daños y perjuicios abonados por su incumplimiento con el usuario o consumidor; y el carácter vinculante de la oferta en la plataforma digital, aun cuando no coincida con la manifestada por el proveedor adherido, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad contra el intermediario digital.

Como se puede observar, todo el régimen propuesto es coherente con la legislación protectoria de los usuarios y consumidores, así como la regulación de otras relaciones asimétricas entre proveedores (ej. Ley 25.065, 27.545, entre otras).

Por último, respecto de la responsabilidad del intermediario digital por incumplimientos imputables al proveedor adherido, es necesario conservar la responsabilidad objetiva ya establecida en el artículo 40 de la Ley 24.240, que se reafirma en el proyecto 3143-D-2020 (art. 73), que corrige el yerro en la materia del proyecto de reforma S2576/19.

Así mismo, se atenúa la responsabilidad del proveedor adherido por ofertas en la plataforma digital, estableciendo su carácter vinculante cuando presenten diferencias con la emitida, y no cuando la oferta del proveedor adherido es inexistente. Sin perjuicio de las acciones del usuario o consumidor contra el intermediario digital, entendemos que esta limitación resulta razonable y un límite a la facultad de obligarlo que el proveedor adherido reconoce en el intermediario digital.

Debe establecerse un procedimiento y sanciones; reglas de competencia para las controversias entre las partes; la prohibición de informar a bases de antecedentes crediticios, práctica coactiva que permite obtener el cobro de acreencias ilícitas o desalienta el reclamo del perjudicado; y la facultad del Poder Ejecutivo Nacional para designar la autoridad de aplicación.

4. LOS MODELOS COMPARADOS

a) La regulación de la intermediación en línea.

Cuando abordamos la intermediación en línea tenemos dos dimensiones del abordaje: 1°) la responsabilidad del intermediario respecto del consumidor; y 2°) el vínculo contractual del intermediario con las partes, especialmente el proveedor.

Si bien en el primer aspecto podemos encontrar múltiples posturas, en nuestra legislación vigente hay un estándar de solidaridad (o concurrencia en un sentido técnico) en la responsabilidad de quienes intervienen en la relación de consumo frente al usuario o consumidor. En consecuencia, hemos optado por mantener este estándar de protección a la parte débil de la relación de consumo (y del comercio electrónico), así como reafirmado a efectos de desterrar cualquier iniciativa regresiva en la materia, como por ejemplo el criticable proyecto de Justicia 2020 (art. 73 S-2576/19), cuya única finalidad es eximir de responsabilidad a empresas como Mercado Libre por los productos que introducen al mercado como “intermediarios”.

En el segundo aspecto, encontramos que actualmente se percibe la necesidad de regular a los servicios de intermediación en línea, tanto para evitar prácticas abusivas por parte del intermediario (parte fuerte de una relación tripartita, ej. imponiendo plazos excesivos para remitir el pago, aumento de comisiones, etc.), como prácticas anticompetitivas (ej. introduciendo productos propios con trato diferenciado que compiten con los productos de terceros).

De este modo, encontramos la reciente sesión del Congreso de los Estados Unidos donde se abordó la cuestión desde la legislación antimonopolios, o la sanción de un reglamento marco por parte de la Unión Europea, cual si bien es similar en intención con nuestra iniciativa, es más tolerante hacia tratos diferenciados y otras conductas que entendemos “anticompetitivas”, siempre que se informen debidamente. En este aspecto, el estándar de protección es más bajo, relegando la tutela a que el proveedor

o representante accione con sustento en la información suministrada (si entiende que hay alguna conducta abusiva o anticompetitiva).

b) Impuestos a los servicios digitales.

Cuando hablamos de cobrarle impuestos a los servicios digitales encontramos que hay dos abordajes: 1º) Cobrar impuestos “a la prestación” de servicios digitales; y 2º) Cobrar impuestos “en la prestación” de servicios digitales.

Mientras la primera corriente implica gravar a los grandes proveedores de servicios digitales (ej. Amazon, MercadoLibre, globo, Rappi, Pedidos Ya, etc.) con obligaciones tributarias a su cargo, que solo podrán ser trasladados de modo indirecto mediante ser contemplados al definir el precio, la segunda corriente se inclina por incorporar IVA o impuestos similares que sean abonados por los usuarios del servicio digital, sean consumidores o comerciantes que utilizan el servicio.

De este modo, encontramos este primer abordaje a: México, Uruguay, y a la Unión Europea (España, Francia, Italia, Hungría, Austria, República Checa, Bélgica, Turquía, Reino Unido) .

En cambio, en el segundo abordaje encontramos a: Chile, Costa Rica, Perú, Uruguay, México, Paraguay, Islandia, Japón, Sudáfrica, Suiza, Nueva Zelanda, Serbia, Bielorrusia, Taiwán, entre otros.

Entendemos que un impuesto a los proveedores de servicios digitales no es muy receptado por las dificultades de su cobro, una concepción pro comercio electrónico que entiende intocables a estos grandes actores (clásicos argumentos de aumentos de costos, trato diferenciado, otras represalias de los actores económicos), así también por presiones del gobierno de Estados Unidos y la amenaza de represalias económicas.

5. DEFINICIONES

a) Intermediario digital

Aquella persona humana o jurídica que ofrece servicios de intermediación en línea entre los proveedores adheridos y los consumidores y usuarios, a través de una plataforma digital. Lo dispuesto en el presente inciso no modifica el carácter de proveedor del intermediario digital en los términos de la Ley 24.240.

b) Proveedor adherido.

Aquel proveedor en los términos de la Ley 24.240 que, en virtud de un contrato celebrado con el intermediario digital, ofrece bienes y servicios a usuarios y consumidores mediante la plataforma digital del intermediario digital.

Queda equiparado en los términos de la presente Ley la persona humana o jurídica que, sin ser proveedor en los términos de la Ley 24.240, ofrece bienes y servicios mediante la plataforma digital del intermediario digital. Inserte texto aquí.

c) Consumidor o usuario

Aquel consumidor o usuario en los términos de la Ley 24.240 y normativa complementaria, así como los sujetos equiparados legalmente.

Queda equiparado en los términos de la presente Ley el cliente no usuario o consumidor que accede en las mismas condiciones contractuales, y quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo regulada por la presente Ley. Inserte texto aquí.

d) Plataforma digital

Cualquier programa, sitio web, aplicación móvil, portal o tienda de comercio y/o subasta electrónica, o similar, que permite la realización de servicios de intermediación en línea entre los proveedores adheridos y los usuarios y consumidores.

e) Servicios de intermediación en línea

Cualquier servicio de puesta a disposición de los medios electrónicos, digitales, por telecomunicaciones, o similares, para la comercialización de bienes y/o servicios suministrados por terceros y adquiridos por terceros. La concurrencia con ofertas del propio proveedor del servicio de intermediación en línea, o sus propios bienes o servicios, no excluye o modifica la existencia de un servicio de intermediación en línea en los términos de la presente Ley.

f) Servicios de publicidad en línea

Cualquier inclusión en toda página web, plataforma digital, aplicación móvil, o similar, propia o de terceros, de publicidad que no corresponda a los bienes y servicios ofrecidos y/o suministrados por el medio en el cual se presenta la publicidad, que sea de acceso para público, o dispositivos, que se encuentren en el territorio nacional.

6. EL RÉGIMEN PROPUESTO PARA LA INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA

a) *Determinación de las conductas y prácticas prohibidas.*

Estarán prohibidas para el intermediario digital:

--Fijar aranceles diferenciados a usuarios o consumidores y/o proveedores adheridos en concepto de comisiones u otros cargos, entre proveedores que pertenezcan a un mismo rubro o con relación a iguales o similares productos o servicios;

--Limitar el acceso de los usuarios o consumidores a determinados proveedores adheridos, o a sus bienes o servicios, por causales que no sean establecidas contractualmente, objetivas, y/o impliquen criterios diferenciados entre proveedores que pertenezcan a un mismo rubro o con relación a iguales o similares bienes o servicios, sea por su redacción o aplicación;

--Imponer cánones, comisiones, u otras limitaciones, contractuales o de hecho, que por sus características o magnitud obliguen al proveedor adherido a optar por el intermediario digital como único canal de distribución o único canal de distribución en línea;

--Imponer plazos de pagos a los proveedores adheridos superiores los veinte (20) días corridos. El intermediario digital que hubiera demorado más del plazo establecido y cuando no existan razones legales y fundamentadas para el incumplimiento, deberá pagar intereses por todo el plazo transcurrido al proveedor adherido, utilizando la tasa activa del Banco de la Nación Argentina y siempre que no hubieran pactado una tasa de interés mayor;

--Exigir a los proveedores adheridos aportes, adelantos financieros, o aplicar retenciones económicas o débitos unilaterales. Estos últimos sólo podrán aplicarse por mutuo acuerdo y cuando las condiciones para realizarlos estén expresamente contempladas en el contrato que los vincula;

--Excluir total o parcialmente a un usuario, consumidor o proveedor adherido, de modo unilateral y sin una causa legítima, de los servicios que brinda el intermediario digital; g) Limitar el pago a usuarios, consumidores o proveedores de sus acreencias mediante la entrega de vouchers, crédito para consumir en la plataforma digital, o cualquier otra modalidad no aceptada de modo voluntario, expreso y revocable en cada oportunidad.

b) Obligaciones del intermediario digital. Son obligaciones del intermediario digital

--Constituir ante la autoridad de aplicación un domicilio electrónico que permita la comunicación desde otros correos electrónicos ajenos a la plataforma digital, en el cual se tendrán por válidas todas las notificaciones de la autoridad de aplicación, usuarios, consumidores y proveedores adheridos;

--Inscribirse ante la autoridad de aplicación como intermediario digital;

--Tramitar la aprobación de los contratos destinados a los usuarios y consumidores, a los proveedores adheridos, y sus modificaciones, ante la autoridad de aplicación, e informar su contenido aprobado sesenta días antes de su entrada en vigor;

--Obtener la aprobación de los convenios o acuerdos comerciales suscriptos con proveedores adheridos, ante la autoridad de aplicación, de modo previo a su entrada en vigor. Los acuerdos comerciales deberán ser de pública consulta en la plataforma digital del intermediario digital y en la página web de la autoridad de aplicación;

--Suministrar a los usuarios, consumidores y proveedores adheridos, de modo gratuito, la información correspondiente a la operatoria, pagos, condiciones contractuales, y demás aspectos necesarios o solicitados. La falta de información adecuada y oportuna no podrá afectar al usuario, consumidor o proveedor adherido;

--La aprobación administrativa de los contratos modelos, o los convenios o acuerdos comerciales, no obsta a su control judicial.

c) Límites a la posición dominante

A los efectos de evitar imposición de condiciones abusivas, o prácticas anticompetitivas, deberán respetarse las siguientes condiciones en la relación entre las partes:

--Los precios de los bienes o servicios ofrecidos por el proveedor adherido no podrán ser objeto de negociación, imposición o condicionamiento por el intermediario digital;

--Los costos derivados de promociones de bienes, servicios, o de proveedores adheridos deberán ser establecidos contractualmente, con condiciones equitativas y objetivas, de igual acceso entre los proveedores adheridos de un mismo rubro, y sin otras prácticas contrarias a la competencia;

--Cuando la plataforma digital contenga sistemas de reputación o puntaje del proveedor adherido, opinión de usuarios o consumidores sobre el proveedor adherido o los bienes y servicios ofrecidos, u otras modalidades, el sistema de evaluación deberá tener criterios objetivos, equitativos y transparentes. Así mismo, no podrá ser objeto de información diferenciada entre proveedores, bienes o servicios de un mismo rubro, ni permitir su gestión o adulteración por el intermediario digital o el proveedor adherido, excluyendo la remoción de spam, expresiones contrarias a la moral y buenas costumbres, o con contenido violento o discriminatorio;

--Cuando la plataforma digital ofrezca bienes o servicios respecto de los cuales el intermediario digital tenga cualquier interés o participación que exceda el suministro de servicios de intermediación en línea común a todos los proveedores adheridos, requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Corresponde a la autoridad de aplicación dictar las reglamentaciones generales y particulares necesarias para prevenir conductas anticompetitivas;

d) Está prohibido pautar el suministro de información comercial sensible que sea impropia de la relación comercial o que suponga información referida a la relación del proveedor con otros operadores del mercado o información de la competencia;

e) El intermediario digital no podrá imponer a los proveedores adheridos, usuarios y consumidores canales de pago, envío, u otros servicios conexos en la intermediación en línea. El suministro de estos servicios no podrá ser exclusivo, y no podrán pactarse comisiones, condiciones preferenciales, descuentos, o ser objeto de un trato diferenciado que excluya o perjudique su suministro por terceros.

d) Reglas de exhibición

En la exhibición de proveedores adheridos, bienes o servicios dentro de la plataforma digital deberán respetarse las siguientes normas:

--Está prohibida toda adulteración, modificación, u otra práctica que altere el orden o presencia de proveedores adheridos, bienes o servicios, aún parcial o temporalmente, bajo el criterio solicitado o informado por el usuario o consumidor. Lo dispuesto en el presente inciso no impide la exclusión transitoria de un proveedor adherido, bien o servicio cuando responda a causales objetivas para satisfacer el requerimiento del usuario o consumidor;

--Cuando los bienes o servicios en cuestión sean alguno de los establecidos en el artículo 4° de la Ley 27.545 deberá garantizarse que los productos de menor precio conforme la unidad de medida, se publiquen en la primera visualización de productos de la categoría en cuestión;

--La clasificación de proveedores adheridos o bienes o servicios deberá tener criterios objetivos y equitativos.

e) Las cláusulas que contengan sanciones unilaterales y cláusulas de exoneración al proveedor e intermediario

Las sanciones unilaterales carecerán de efecto cuando habiliten al intermediario digital o al proveedor a aplicar sobre el usuario o consumidor débitos unilaterales o multas, recargos, penalidades económicas, o les otorgue facultades para decidir que el usuario o consumidor ha efectuado consumos tácitos, que ha ejercido abusivamente sus derechos, o sobre las garantías, sea en forma de depósito, consumo anticipado sujeto a reintegro, o cualquier otra modalidad. Y aquellas cláusulas de exoneración de responsabilidad, también carecerán de efecto cuando impliquen exoneración de responsabilidad del intermediario digital frente al usuario, consumidor o proveedor adherido, y/o del proveedor adherido frente al usuario o consumidor.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del proveedor adherido con el usuario o consumidor dará derecho al intermediario digital a resolver su vinculación contractual con el proveedor adherido, así como a repetir lo abonado en concepto de daños y perjuicios al usuario, consumidor o terceros.

Y en el supuesto de incumplimiento del intermediario digital con el proveedor adherido. El usuario o consumidor que hubiera abonado el bien o servicio en los términos ofertados en la plataforma digital, o aceptado una oferta a título gratuito, queda liberado frente al proveedor adherido y tiene derecho a exigir la entrega del bien o prestación del servicio, aun cuando el intermediario digital no abonara al proveedor adherido, o la oferta tuviera diferencias con la remitida por el proveedor adherido al intermediario digital, sin perjuicio de las acciones del proveedor adherido contra el intermediario digital.

f) Sanciones y procedimiento.

En caso de incumplimiento, la autoridad de aplicación aplicará las normas referidas a procedimiento y sanciones establecidas en el Régimen de Lealtad Comercial, promoviendo la participación de las organizaciones de Defensa del Consumidor de todo el país.

Quedarán legitimados para promover denuncias por el incumplimiento los afectados, las cámaras empresarias y las asociaciones de consumidores inscriptas en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores. Si el incumplimiento afectara a los consumidores, también podrán iniciarse las denuncias ante las autoridades de aplicación de la ley 24.240 nacionales, provinciales o municipales.

El incumplimiento será pasible de las sanciones y multas previstas en el Régimen de Lealtad Comercial, sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder conforme el procedimiento de la Ley 27.442 o 24.240.

7. IMPUESTO A LOS SERVICIOS DIGITALES

a) Impuesto.

Establecer un impuesto que se aplicará en todo el territorio de la Nación, a la prestación de los siguientes servicios digitales: a) Servicio de intermediación en línea; y b) Servicios de publicidad en línea.

b) Sujetos comprendidos.

Serán pasibles del impuesto los sujetos -personas humanas o jurídicas, sucesiones indivisas y demás responsables- que presten servicios de publicidad en línea; o que presten servicios de intermediación en línea, y sean

residentes en el país; o alguna de las partes vinculadas por el servicio de intermediación en línea sea residente en el país.

No se encuentran alcanzadas por el presente impuesto las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) y b) del artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificaciones y toda otra entidad de titularidad exclusiva del Estado Nacional, y sus equivalentes en los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

El pago del impuesto estará a cargo del proveedor del servicio de intermediación en línea, o del proveedor del servicio publicidad en línea.

Se considera “proveedor del servicio de publicidad en línea” al sujeto que administra la publicidad incluida en una página web, plataforma digital, aplicación móvil, o similar, de un tercero que pone a disposición el medio para la inclusión de publicidad; o incluya publicidad de terceros, sin delegar su administración, en una página web, plataforma digital, aplicación móvil, o similar, propia. Deberán actuar como agentes de percepción las entidades financieras reguladas por la Ley 21.526, las emisoras de tarjetas de crédito regulados por la Ley 25.065, los Proveedores de Servicios de Pago regulados por las comunicaciones del Banco Central de la República Argentina, y los que se incorporen.

La percepción del impuesto deberá practicarse en la oportunidad que a continuación se indica:

--Servicios de intermediación en línea: cuando se concrete la operación facilitada por la intermediación en línea; o cuando existan pagos anticipados y/o anteriores a esta oportunidad, al momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos;

--Servicios de publicidad en línea: cuando se perfeccione el contrato; o cuando se preste el servicio de publicidad en línea si no existiera al momento contrato perfeccionado; o cuando existan pagos anticipados y/o anteriores a estas dos oportunidades, al momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos.

El impuesto se determinará aplicando la alícuota del cinco por ciento (5%), sobre el precio del servicio, excluyendo el Impuesto al Valor Agregado y tasas. Cuando se trate de un precio o comisión expresada en moneda extranjera, deberá efectuarse 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 percepción del impuesto.

La Administración Federal de Ingresos Públicos establecerá las formas, plazos, requisitos y demás condiciones para la declaración e ingreso del impuesto previsto en el artículo 16, tanto por parte de los agentes de percepción como del sujeto imponible.

Asimismo, en caso de resultar necesario, dispondrá de un plazo especial para la percepción e ingreso del impuesto atendiendo a eventuales adecuaciones en los sistemas administrativos de los agentes de percepción.

Se deberá delegar en el Poder Ejecutivo Nacional, las siguientes facultades: Identificar nuevos agentes de percepción del presente impuesto; y realizar estudios e investigaciones sobre el impacto social y económico del impuesto, así como el impacto del comercio electrónico en el sistema tributario nacional y local. A tal efecto, la Administración Federal de Ingresos Públicos y la autoridad de aplicación de la presente Ley producirán los informes correspondientes.

El producido del impuesto será distribuido por el Poder Ejecutivo Nacional en las siguientes proporciones: Financiamiento de los programas a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social y de las prestaciones del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados: setenta por ciento (70%); financiamiento de los programas a cargo de la Autoridad Nacional de la Competencia: treinta por ciento (30%).

El impuesto será de aplicación a toda prestación de servicios de intermediación y/o publicidad en línea y pagos.

c) El orden público - Colaboración.

Es menester, que el dispositivo legal que instituya este régimen, deberá establecer que el mismo es de Orden público.

Y los contratos deberán aprobarse ante la autoridad de aplicación. Cuando la falta de aprobación de un contrato sea imputable al intermediario digital, será inoponible al proveedor adherido y/o usuario o consumidor, y cuando sea imputable al silencio de la autoridad de aplicación, mantendrá su validez mientras el intermediario digital promueva y trámite de modo diligente las acciones que insten a la autoridad de aplicación a pronunciarse.

Las condiciones más beneficiosas para los usuarios, consumidores y proveedores adheridos serán de aplicación inmediata tras la primera aprobación de los contratos modelos.

d) La cooperación.

La Administración Federal de Ingresos Públicos, el Banco Central de la República Argentina y la autoridad de aplicación de la Ley que instituya la regulación, deberán cooperar con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la identificación de actividades comprendidas en la misma, gravadas en las jurisdicciones locales, así como podrán celebrar convenios de cooperación para su percepción.

En definitiva, el desarrollo de esta ponencia tiene como objetivo poner de manifiesto un vacío legal enorme en nuestra legislación; y la necesidad de establecer el marco regulatorio analizado, pensado y puesto en función de la protección del derecho de las y los usuarios y consumidores; y el establecimiento de un comercio en el que se permita la libre competencia entre todos los actores.

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, MÁS QUE CONSUMIDORES DE PRODUCTOS Y SERVICIOS DIGITALES

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. En Argentina, los influencers que interactúan con niños, niñas y adolescentes tienen el deber de prevenir y mitigar el daño en los términos de los arts. 1708 y 1710 del CCCN en cuanto al contenido que generan, promueven y divulgan. Dentro de este marco, es crucial que actúen con transparencia publicitaria, ética y conciencia de protección del interés superior del niño, su dignidad inherente y sus derechos fundamentales.

De lege ferenda

2. Regulación: La actividad de los influencers requiere una regulación especial que excede el derecho de consumo. La regulación de la actividad de los influencers debe comprender su pertenencia en la cadena del marketing publicitario y asimismo, la previsión de los efectos nocivos que de sus conductas on line puedan derivar en daños para los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

3. Transparencia publicitaria: Es fundamental que los influencers identifiquen cuándo un contenido es publicitario, para que los seguidores, especialmente los menores, puedan identificar fácilmente la naturaleza comercial del mensaje.

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

4. Imágenes de NNA: Al incluir a niños en sus contenidos, los influencers deben respetar el derecho a la intimidad del NNA y requerir el consentimiento informado de los padres o tutores y/o de los mismos menores según el principio de autonomía progresiva consagrado en los arts. 24 inc. b, 25 y 26 CCCN.

5. Contenido y sensibilización: Los influencers deben ser conscientes de la responsabilidad social que tienen y considerar el impacto del contenido que comparten en el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes. Deberán promover valores positivos y conductas seguras para cumplir con su rol de forma ética y responsable.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En la era digital, los *influencers* se han convertido en figuras públicas con gran impacto en la sociedad, especialmente entre los niños y adolescentes. A través de plataformas como *Instagram*, *YouTube*, *TikTok*, y otras redes sociales, estos individuos pueden influir en la percepción, comportamiento y decisiones de sus seguidores, en especial durante la infancia y la adolescencia. Este resultado genera nuevas formas de negocio que son capitalizadas por los *influencers* gracias a la expansión de la red y la facilidad intrusiva de los algoritmos de recomendación. El *influencer* puede prestar su imagen y/o su canal para una campaña publicitaria y entonces ser un eslabón más de la cadena publicitaria en donde recibe una retribución por ello, o bien puede garantizar el compromiso o *engagement* con la red social capitalizando y monetizando la fidelización de sus seguidores. La responsabilidad de los *influencers* con relación a los menores de edad como seguidores y consumidores de productos y servicios digitales es un tema que merece la total atención jurídica, dado el impacto potencial en la protección y garantía de los derechos fundamentales de este grupo vulnerable. La cadena de redes sociales, *influencers* y empresas es un negocio que busca el rédito económico. Sin lugar a dudas, marca un cambio cultural y sociológico, pero para seguir desarrollándose necesita normas claras sobre responsabilidad y ética.

2. MARCO NORMATIVO

En Argentina, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes está regulada principalmente por la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se enmarca en los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y busca garantizar un enfoque integral en la defensa de los derechos de los menores de edad. Esta ley, junto con otros instrumentos legales nacionales e internacionales ratificados por el país, establecen la obligación del Estado, las familias, y la sociedad en general, de garantizar el bienestar, la salud integral y el desarrollo pleno de los menores.

A pesar de la falta de una ley específica que regule la actividad de los *influencers* existe normativa que puede aplicarse a esta actividad, sin embargo, luce insuficiente a la hora de analizar este fenómeno multifacético que reclama una regulación que trascienda el derecho del consumo. En este sentido, en el Código Civil y Comercial de la Nación encontramos regulada la publicidad desleal y engañosa en el art 1101 y la publicidad abusiva en los arts. 1097 y 1098; asimismo el art.1717 establece la responsabilidad civil por daños; estas normas pueden aplicarse a situaciones donde la actividad de los *influencers* cause un daño a los menores. Asimismo, en el régimen especial, la ley de Protección al Consumidor 24.240 (en adelante LDC) en sus arts. 4, 7 y 8 regulan las condiciones de la oferta y venta y los efectos de la publicidad, y la Ley de Lealtad Comercial y la Resolución 12 de la Secretaría de Industria y comercio establecen normas sobre la publicidad en el marco de la LDC que los *influencers* deben tener en cuenta, además por supuesto de la aplicación de algunos estatutos que regulan la publicidad de tipos específicos de productos, como por ejemplo, la Ley 24.788 sobre la venta de bebidas alcohólicas, junto con la normativa sobre derechos de propiedad intelectual y la Ley de Protección de Datos Personales.

La publicidad en general, está regulada en la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual donde es segmentada en publicidad y publicidad no tradicional (PNT). Asimismo, el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) ha implementado el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, que establece las normas y principios relativos a la publicidad digital. En este marco, el CONARP ha estado trabajando en diferentes directrices que abordan las actividades de los influencers. En junio de 2020, el CONARP publicó el documento denominado “*Influencers: Guía*

para la comunicación con fines comerciales"², que enumera ciertas obligaciones y recomendaciones dirigidas a *influencers* y empresas que contratan los servicios de *influencers* para actividades publicitarias y una guía que establece recomendaciones para *influencers* en las comunicaciones con fines comerciales. De todo ello se deriva la eventual responsabilidad que podría llegar a caberles tanto a la empresa como a quienes realizaron la publicidad y se constituyeron en promotor del producto, si por el vicio o riesgo de la cosa o servicio se produce un daño al consumidor/a (art. 40 LDC), por cuestiones de garantía (arts. 11 y ss., LDC) o incumplimientos (art. 10 bis, LDC).

Asimismo, la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior había incorporado en el derecho positivo la figura del "consumidor hipervulnerable" para aquellas personas humanas que se encuentran en situaciones de "vulnerabilidad" en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. La resolución 139/2020 fue derogada por la Disposición 137/2024 publicada el 30 de mayo de 2024. En la nueva reglamentación se estableció el procedimiento de actuación para el tratamiento de los casos de consumidores en situación vulnerable y de desventaja, adoptando a efectos de su conceptualización y denominación el lenguaje adoptado por las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor. La nueva resolución afirma que existen distintas categorías de consumidores que debido a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales, pueden encontrarse en situación especial de subordinación, indefensión o desprotección frente al proveedor, lo que los coloca en una situación de vulnerabilidad especial, dificultando o imposibilitando así el cabal ejercicio de sus derechos, en caso de controversia o conflicto alguno relacionado. Sin perjuicio de la derogación de la resolución, la hipervulnerabilidad del niño como consumidor digital frente a la responsabilidad de los *influencers* se argumenta desde la perspectiva internacional de la interseccionalidad. De este modo en la infancia, la interacción con el ecosistema digital implica una barrera estructural más para el pleno ejercicio de sus derechos. Como vemos, el marco normativo es amplio pero difuso y la actividad de los *influencers* reclama una regulación especial que comprenda no solo el fenómeno desde

² <http://www.conarp.org.ar/docs/Conarp-PaperInfluencers-ju2020.pdf>

el marco publicitario (como contempló el proyecto de ley³ sobre el “Régimen Legal para influenciadores o *influencer* en servicios publicitarios digitales y en redes de telecomunicaciones por vía electrónica EXPTE 1358/20) que evidentemente excede al derecho consumeril, sino que también contemple otras aristas del problema en los casos en los que las opiniones o conductas de los *influencers* no estén necesariamente vinculadas con un ciclo publicitario y no pueda aplicarse el plexo normativo que ampara al consumidor pero que generen daños en los seguidores, usuarios o consumidores. Ejemplos de estos casos son las apuestas, las colectas solidarias, las técnicas o rutinas de conducta promocionadas (cosmeticorexia⁴), las recomendaciones de inversión (peligro de adicción), las amenazas, los escraches, la discriminación y el discurso de odio, la compra de seguidores (*Pods o granjas de bots*), etc.

3. CONCEPTO

Influencer es un usuario digital que crea y genera contenido relevante en línea y difunde sus mensajes de forma sistemática dentro de su grupo de seguidores. De esta forma promueve directa o indirectamente bienes, productos o servicios mediante diferentes formatos (vídeos, comentarios, audios, fotografías) o bien promueve conductas a través de la exhibición de las propias ideas o costumbres. Con este formato logra alcanzar una relevancia significativa en el público al cual se dirige. Para ello, utiliza su capacidad de influencia comercial a través de redes de comunicaciones electrónicas o plataformas, a cambio de una contraprestación. Asimismo, monetiza la vulnerabilidad de ciertos grupos o seguidores e introduce prácticas o conductas a seguir, moviliza mazas y genera un fenómeno psicosocial, típico de la sociedad hiperconectada, a través de la manipulación del comportamiento, especialmente en el caso de niño, niñas y adolescentes.

Esta influencia que produce genera una especie de fidelización, compromiso y confianza por parte de sus seguidores, generan un impacto masivo y son capaces de captar la atención en torno a temas de discusión,

³ <http://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1358.20/S/PL>

⁴ https://www.lespanol.com/mujer/belleza/20240305/cosmeticorexia-adiccion-rutinas-skincare-llega-ninas-adolescentes/837416318_0.html

productos o servicios específicos. Con relación a los niños, niñas y adolescentes, excepto las restricciones etarias fijadas por las propias redes sociales en relación a contenido de explotación sexual infantil, imágenes sexuales explícitas o sugeridas, contenido relativo a discurso de odio, violencia de género o cualquier otro tipo de violencia, la libertad de publicación en el ecosistema digital es amplia y amparada constitucionalmente. En este sentido el intercambio comunicacional de los *influencers* puede ofrecer riesgos en la infancia y adolescencia. Riesgos de contenido, contacto, conducta y manipulación⁵. Como parte negativa pueden ofrecer modelos tóxicos de consumo, utilizar lenguaje sexualizado, promover ciertos roles de género, dinámicas de juego adictivas y generar expectativas falsas. Este escenario digital deja ver que, para evitar engaños o falsas expectativas de los destinatarios, debe existir una instancia de prevención y un mecanismo para declarar la relación existente entre el *influencer* y la marca o productor de los bienes o servicios que se avalan, si la existiere. De lo contrario se incurre en lo que se denomina “publicidad encubierta”. Para intentar responder a cuándo y cómo debe ser informado el consumidor del carácter publicitario del mensaje se deberá atender al principio de transparencia publicitaria. En Alemania por ejemplo, se resolvió adicionar #ad (de advertisement/publicidad) en la descripción que acompaña las fotos o videos. Asimismo, se podría mencionar claramente al beneficiario de la publicidad digital, identificar de manera clara todas las comunicaciones publicitarias digitales de productos que puedan presentar inconvenientes para niños, niñas y adolescentes e invertir en educación digital.

Pero como vimos, la actividad de los *influencers* traspasa el marketing publicitario y se relaciona también con otros aspectos. En un mundo donde la desinformación acecha en cada esquina virtual, se nos exige discernir, evaluar y asumir la responsabilidad de nuestras interacciones en las redes sociales. Es nuestra obligación ser críticos, buscar la veracidad y el impacto de lo que consumimos y compartimos. Los niños, niñas y adolescentes tienen un acceso casi ilimitado, en algunos casos, a contenido digital y pueden verse impactados por imágenes de guerra, material sexual no apto para su edad, maltrato animal, delitos, discursos de odio, homofobia, prácticas abusivas, etc. Los comentarios negativos o falsos en redes sociales se encuentran directamente relacionados con la ansiedad y depresión en la infancia y la adolescencia. La continua y aparente felicidad de un *influencers*

⁵ Salierno, Karina V. “Derechos digitales de la infancia”, Astrea, Buenos Aires, 2024.

no es real. El lenguaje habitual del *influencer* es alegre, informal y cercano, para causar empatía y fidelización, sin embargo, tras una imagen desenfadada, alegre y agradecida se esconden casos de agotamiento, fatiga crónica y hasta depresión. Por otro lado, el contenido que publican nunca es neutro, siempre está embebido de valores y discursos subjetivos, ideas que se deben deconstruir y analizar de forma crítica y las redes sociales, como cualquier agente de socialización, pueden ser reproductoras de los valores dominantes en la sociedad, estereotipos de género y desintegración de valores propios de una cultura materialista e individualista.

Entonces, teniendo en cuenta que el dolor humano es apreciable económicamente, en materia de responsabilidad civil, la conducta del *influencer* que desacredita o deshonra, genera obligación de indemnizar, de conformidad a los arts. 1738 y 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶.

4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A LA VERDAD

Los niños tienen derecho a conocer la verdad y a formar parte de la construcción de la cosmovisión mundial con sus beneficios y sus penurias. Es importante ayudarlos a entender los acontecimientos y darles herramientas y modelos correctos de interpretación. Tienen derecho a hacer preguntas y a recibir respuestas, a saber y conocer que es lo que está sucediendo y porque, ya que, si no cuentan con la información de sus fuentes primarias que son sus progenitores y la escuela, se nutrirán de información digital que muchas veces es dañina, nociva o falsa. Luego será más difícil destruir una fantasía creada sobre una información falsa de internet o generada a través de comunicadores no calificados como los *youtubers* o *influencers*. En todo caso, debe tenerse presente que el *influencer* tiene la doble condición de ser un comunicador y de ser un consumidor más del conjunto de productos y servicios que se encuentran a disposición del público en el mercado y, por tanto, es impactado por la comunicación comercial desarrollada por las marcas, por sus ofertas, promociones y descuentos. Así mismo, el *influencer* puede tener un conocimiento propio de determinados productos y servicios que le posicionan a favor o en contra de

⁶ Corte Suprema de Justicia, Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos Armando. Fecha Sent. 17/02/04

estos sin intervención alguna de las marcas que los representan. Por lo demás, el *influencer* desarrolla a lo largo de su trayectoria, un lenguaje, un formato y unos códigos de comunicación que le han permitido crear e ir aumentando un número de seguidores (*followers*), que son normalmente habituales y se encuentran en sintonía con él, con su forma de comunicarse y con su lenguaje. Esta habitualidad permite delimitar con un cierto grado de objetividad el perfil medio de los seguidores a los que impactará determinado contenido o mensaje, y por ello, deberá de estar en función de dicho perfil la interpretación que se realice del principio de identificación de la publicidad. Françoise Dolto, en el libro de “Los Niños y su derecho a la verdad” en 1988 planteó que el niño nace con la misma necesidad de todos de ser interpretados, pero tiene derecho a *saber lo que pasa y para ello es necesario la comunicación, es decir, utilizar la palabra como mediación entre el sujeto que vive y cómo se nombra lo que le pasa. Verbalizar situaciones ayuda a liberar miedos y ansiedades, conversar sobre los acontecimientos ayuda a anticipar conductas y esto produce tranquilidad en el niño*. Si el niño no tiene acceso a la verdad, cuando llegue a la adolescencia tendrá ideas distorsionadas de los hechos, alimentadas por noticias falsas o manipuladas en el ecosistema digital. Informar lo correcto evita la enfermedad, la repetición de los hechos, la mala interpretación de las situaciones y ayuda a conformar las ideas que serán la base del desarrollo de la personalidad del adulto”.⁷ En un entorno digital donde la desinformación puede propagarse rápidamente, es esencial que los *influencers* se esfuercen por ofrecer información precisa y confiable.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS *INFLUENCERS*

a) *Publicidad y promoción de productos*

Los *influencers*, al promocionar productos o servicios, deben ser conscientes de la influencia que ejercen sobre sus seguidores más jóvenes. La LDC establece que la publicidad dirigida a menores debe ser clara y no engañosa. Los *influencers* que promocionen productos inadecuados o

⁷ Conforme lo expresa la Dra. Gabriela Renault, decana de la Facultad de Psicología y Psicopedagogía de la Universidad del Salvador en <https://www.perfil.com/noticias/opinion/gabriela-renault-los-ninos-y-los-adolescentes-tienen-derecho-a-ser-criados-en-la-verdad.phtml#:~:text=Fran%C3%A7oise%20Dolto%2C%20en%20el%20libro,con%20lo%20que%20pasa%20realmente>.

peligrosos para niños y adolescentes podrían ser responsables por los daños que causen, tanto en el ámbito civil como en el penal. En este orden de ideas también se podría estar involucrado es la responsabilidad por daños y perjuicios, cuando se divulga información falsa que perjudica a sus seguidores. Cuando un *influencer* proporciona información falsa de manera intencional y sus seguidores confían en ella, siguiendo sus instrucciones y sufriendo perjuicios como resultado directo de esa información engañosa, se crea una situación en la que el *influencer* podría ser considerado responsable civilmente. En términos generales, la responsabilidad civil en este caso estaría relacionada con la *obligación del influencer de actuar con diligencia y responsabilidad al proporcionar información a su audiencia*. Si se demuestra que el *influencer* actuó de manera negligente o intencionalmente engañosa al divulgar información falsa, podrían enfrentar demandas por daños y perjuicios presentadas por las personas perjudicadas. Asimismo, los *influencers* pueden incurrir en delitos penales en las redes sociales, al igual que cualquier otro individuo. Por ejemplo, si un *influencer* acosa, amenaza o incita al odio a través de sus publicaciones, podría ser acusado de los delitos correspondientes. Además, la difusión de contenido ilegal, como la pornografía infantil o la incitación a la violencia, también puede ser motivo de responsabilidad penal. En estos casos, obviamente, también se deberá evaluar la responsabilidad de las plataformas en permitir la difusión de tal contenido, las que a la fecha han desarrollado mecanismos preventivos eficaces a través de la IA, que permiten mitigar los daños derivados de la viralización de este tipo de contenido.

Con relación a la promoción responsable de productos y servicios, como vimos, los *influencers* tienen el poder de influir en las decisiones de compra de sus seguidores, y por lo tanto, deben ser conscientes de la calidad, seguridad y veracidad de los productos o servicios que promocionan. En este sentido, la afectación al derecho a la salud integral de los niños, niñas y adolescentes reclama una actividad preventiva que evite la difusión de prácticas o conductas que puedan afectarla. Un ejemplo de estas prácticas son las rutinas de cuidado de la piel que son la última moda en redes sociales a través de la recomendación de los *influencers* en sus publicaciones de una gran cantidad de productos, cremas y cosméticos. Esta conducta se ha vuelto común entre niñas y adolescentes entre 8 y 15 años y se la define como “cosmeticorexia” que implica la necesidad de comprar y utilizar demasiados cosméticos innecesarios para su piel, incluso perjudiciales para su salud.

b) Riesgo de contenido inapropiado:

La exposición de niños y adolescentes a contenidos inapropiados, como violencia, lenguaje ofensivo, o conductas que puedan ser perjudiciales para su desarrollo, podría generar responsabilidad civil y penal para el *influencer*. Esto es especialmente relevante cuando los *influencers* o las plataformas no toman medidas para restringir el acceso de menores a dichos contenidos.

c) Explotación de la Imagen de Niños y Adolescentes:

La utilización de la imagen de menores en contenidos patrocinados o con fines comerciales sin el consentimiento informado y libre de los padres o tutores legales puede violar los derechos del niño, según lo establecido en la Ley 26.061 y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los *influencers* que incumplan estas normativas pueden enfrentar acciones legales, incluyendo demandas por daños y perjuicios.

d) Promoción de conductas riesgosas:

La promoción de conductas peligrosas, como desafíos virales que puedan poner en riesgo la salud o la vida de los menores, puede ser considerada como un acto negligente o imprudente e incluso doloso generador de responsabilidad por los daños ocasionados a los niños que imiten dichas conductas.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROGENITORES *INFLUENCERS*

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. La responsabilidad de los progenitores *influencers* con respecto al derecho a la intimidad de sus hijos es un tema que requiere un equilibrio cuidadoso entre la libertad de expresión de los progenitores y el interés superior del niño. Si bien los padres tienen la capacidad de tomar decisiones sobre la crianza de sus hijos, es esencial que estas decisiones respeten la privacidad y el bienestar de los menores dentro del marco de su autonomía progresiva. Los padres *influencers* no deben generar contenido publicitario utilizando la imagen de sus hijos menores de edad. (arts.638, 639, 641, 642 y ccdtes. del CCyC, arts. 3, 5, 10 y ccdtes. de la Ley 26061).

2. Los progenitores deben ser conscientes de la importancia de preservar la privacidad de sus hijos, evitando compartir contenido que pueda comprometer su intimidad o seguridad. Es esencial reflexionar sobre el tipo de información que se publica y las posibles consecuencias a futuro. Además, es fundamental sensibilizar a los niños sobre el valor de su privacidad y las implicaciones de la exposición en línea.

II. FUNDAMENTOS

1. PRELIMINAR

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

“Kimmy y Sammy Diore, hijos pequeña y mayor de Méline Claux y Bruno Diore, son los protagonistas del canal de YouTube Happy Break y de su posterior cuenta asociada de Instagram. Ambos alegran los días de cinco millones de suscriptores con sus visitas a parques de atracciones y con sus unboxing, una tendencia basada en desempaquetar regalos que los influencers reciben de las marcas. Los pequeños Diore generan unos ingresos anuales superiores al millón de euros y, con sus vidas televisadas a través de Youtube, han permitido a sus padres alcanzar el bienestar económico y comprarse una buena casa. Todo parece feliz hasta que un día, mientras jugaban en el patio de la comunidad de vecinos en la que viven, alguien secuestra a Kimmy Diore porque vio en las historias de Instagram de su madre dónde estaba la niña en ese momento”².

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/10/18/fallos-influencer-ante-el-pedido-del-padre-y-las-menores-la-madre-que-posee-una-cuenta-de-instagram-con-numerosos-seguidores-debera-abstenerse-de-publicar-fotos-y-videos-de-sus-hijas/>

2. INTRODUCCIÓN

En la era digital actual, las redes sociales se han convertido en plataformas donde muchos padres, conocidos como "progenitores influencers", comparten regularmente la vida de sus hijos con el mundo. Sin embargo, esta exposición pública plantea preocupaciones significativas en torno al derecho a la intimidad de los niños. En Argentina, este tema ha comenzado a atraer la atención tanto de juristas como de la sociedad en general, debido a las implicaciones legales y éticas que conlleva.

3. MARCO NORMATIVO EN ARGENTINA

a) *Constitución Nacional y Convención sobre los Derechos del Niño*

² Esta historia forma parte de la ficción que publicó la autora francesa Delphine de Vigan en 2022, *Los reyes de la casa*. El libro abrió un debate que permanece todavía: ¿pueden los padres aprovecharse de lo adorables que son sus hijos para ganar dinero compartiendo contenido de sus vidas en redes sociales? ¿Cuánto para los progenitores la vida de sus niños influencers?, <https://www.epe.es/es/reportajes/20240620/padres-hijos-influencer-ninos-redes-sociales-104010862>

La Constitución Nacional de Argentina, en su artículo 75 inciso 22, otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la cual reconoce el derecho a la privacidad e intimidad de los niños. El artículo 16 de la CDN establece que "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

b) La libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión, es decir, el derecho que tiene cualquier ser humano de expresar y difundir sus ideas con total libertad y por cualquier medio, se encuentra tutelado en la Constitución Nacional (arts. 14, 32), en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, con respecto al uso de internet y redes sociales, la aplicabilidad de aquellas garantías rige expresamente en la Ley de Servicio de Internet (Ley 26.032) y el Decreto 1279/97. Estas normativas indican que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

c) Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Esta ley establece un marco de protección amplio para los menores, incluyendo su derecho a la privacidad. En particular, el artículo 22 garantiza el derecho a la intimidad, y prohíbe la difusión de información que afecte la privacidad de los niños y adolescentes sin el debido consentimiento. Que el art. 3 de la Ley 26.061 dispone que se entiende por interés superior de la niña o niño, la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley, debiéndose respetar el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su centro de vida. Es que por mandato constitucional y convencional en toda cuestión en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tenerse en cuenta el interés superior de esas personas. Esta verdadera regla de oro de la que no es posible sustraerse es entendida como el conjunto de elementos

necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso³. El superior interés del niño confiere a éste una protección especial, un «plus de protección», dada su situación de vulnerabilidad; y ello en razón que no ha completado todavía la constitución de su aparato psíquico. Dicha tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica; de modo que, ante situaciones como las presentadas en autos, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación⁴. Así, en el aparente conflicto de derechos e intereses, el principio *favor minoris*, con expresa recepción en los artículos 3 y 5 de la ley 26.061, así como en el artículo 4 in fine de la ley 13.298, y conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros, adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar también los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de los niños⁵.

d) *Derecho proyectado*

El proyecto de modificación de la ley 26.061⁶ con relación a la ludopatía digital establece: “ARTÍCULO 2º - Modifíquese el artículo 70 de la Ley 26.522 “Servicios de Comunicación Audiovisual”, que quedará redactado de la siguiente forma: ARTICULO 70. — La programación de los servicios previstos en esta ley deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la

³ SCBA LP C 101549 S 12/11/2014, Carátula: B. ,A. c/ G. ,A. ; ,C. S/ Impugnación de paternidad; SCBA LP C 115103 S 11/03/2013, Carátula: O., J. D. s/Guarda con fines de adopción, JUBA B3903165; art. 706 inc. c del CCyC; art.3 CIDN.

⁴ CSJN, Fallos: 327:2074; 328:2870

⁵ SCBA, 4/11/2015, causa C 118.472 «G.,A.M. Insania y curatela» y sus acumuladas C 118.473 «G.J.E. Abrigo» y C 118.474 «S.,R.B. y otro Abrigo».

⁶

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/2884-D-2024.pdf>

orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes. Se prohíbe toda publicidad, promoción, anuncios, difusión, incentivo o acciones de fidelización destinadas a los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, ya sea de forma directa o indirecta mediante la utilización de figuras infantiles, animaciones, deportistas y/o personalidades influyentes para referenciar y/o asociar prácticas y actividades relacionadas con los juegos de azar y apuestas online que insten o estimulen ludopatía digital. Asimismo, la abstención por parte de establecimientos, entidades, instituciones, clubes deportivos y espectáculos diversos, del uso de expresiones o frases que relacionen implícita o explícitamente el juego y la apuesta con el éxito. Se deberán monitorear y controlar la difusión en la vía pública, por medios audiovisuales, plataformas digitales, redes sociales, y cualquier otro medio o método de comunicación o marketing, del incentivo a las apuestas y juegos de azar dirigida a niños, niñas y adolescentes.”

El proyecto de Ley de Regulación de la publicidad comercial dirigida a niñas, niños y adolescentes⁷ del año 2021 define el ámbito de aplicación en el Artículo 1º: Toda persona natural o jurídica que publicite, comunique o divulgue un producto o servicio directa o indirectamente cualquiera sea su soporte o medio utilizado tales como anuncios impresos, comerciales televisivos o de radio, páginas en internet, aplicaciones telefónicas, presentaciones en vivo, entre otros, y que utilice para dichos efectos a un menor de edad como protagonista o coprotagonista del mensaje, o cuando los menores de edad sean el objetivo o destinatarios del mensaje publicitario, estará sujeta a las disposiciones de esta ley.” Asimismo, en el art. 3 se establecen las directrices básicas de la publicidad dirigida a niños y niñas que resultan una guía interesante en materia preventiva. Así se indica que no se podrán utilizar niños, dibujos, imágenes, muñecos que representen a niños que hablen, divulguen o comuniquen un producto o servicio en ningún soporte o medio con fines comerciales o publicitarios; no se deberá

7

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/1514-D-2021.pdf>

confundir a las y los niños sobre los beneficios derivados del uso del producto o servicio, por ejemplo, sugiriendo que se adquirirá fortaleza, estatus, aceptación, crecimiento, habilidades o inteligencia. El producto o servicio y el mensaje publicitario no debe promover estereotipos de género, mensaje de odio, no debe discriminar, denigrar, menospreciar, ridiculizar ni burlarse de personas o grupos por motivos de nacionalidad, étnicos, religiosos o por su género, edad, discapacidad, condición social u económica, u orientación sexual. No pueden utilizarse imágenes, lenguaje o actitudes de violencia o presentaciones agresivas o de peligro en los anuncios publicitarios. No se debe proponer como modelos a seguir trastornos alimenticios, obesidad o cualquier otra condición que atente contra la salud o el sano desarrollo de la niña o niño y se debe evitar cualquier forma de apelación a la sexualidad o imágenes que presente s a niñas y/o niños en actitudes de erotismo o seducción. La publicidad debe ser honesta y veraz, se debe informar de manera clara y concisa el precio del producto o servicio promocionado, y si corresponde la forma de pago. No deben utilizarse testimoniales que puedan engañar la confianza del menor e inducir a error. Por ningún motivo deben ocuparse testimoniales de menores de edad. Se deben evitar promesas que generen en el menor expectativas de algo no real o no razonable respecto al producto o servicio ofrecido. La publicidad dirigida a niñas y niños no debe hacer un llamamiento directo a lo/as misma/osa la compra del producto anunciado, ni incitarles a que pidan o persuadan a sus padres, madres o a otras personas para que los compren por/para ella/os.

4. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO

El Código Civil y Comercial de la Nación protege el derecho a la intimidad de los menores. Los artículos 53 y 1770 establecen que los progenitores tienen la obligación de resguardar los derechos de sus hijos, incluida su privacidad, y que cualquier violación de este derecho puede dar lugar a acciones legales por daños y perjuicios. La responsabilidad parental comprende el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre la persona y los bienes de sus hijos para garantizar su protección, desarrollo y formación integral mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 638 CCyC). Esta responsabilidad se guía por los principios del interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del menor a ser escuchado y que su opinión sea considerada según su edad y madurez (art. 639 CCyC). La titularidad, el ejercicio de la responsabilidad parental y el

cuidado personal del hijo por parte de los progenitores son figuras legales derivadas de esta responsabilidad (art. 640 del CCyC). Estas facultades parentales siempre deben evaluarse dentro de los límites que marcan los intereses superiores en juego. La función de los padres en la atención, educación y formación de sus hijos es de un valor excepcional; sin embargo, es el Estado el garante de asegurar su efectividad (art. 29 ley 26.061 y art. 706 del CCyC). Aunque se respete la facultad de los padres para establecer las directrices en la educación y formación de sus hijos, es crucial que no se vulneren los derechos y garantías de los menores⁸. El gobierno de los intereses personales, característico de la autonomía de la voluntad, no se aplica cuando los padres cumplen su función de educar y formar a sus hijos. En esta labor, los progenitores no gestionan intereses propios, sino los de sus hijos, actuando así en el ámbito de la representación y no en el de la autonomía de la voluntad. La intervención parental establecida por el sistema institucional no está diseñada para que los progenitores ejerzan sus propios derechos, sino para cumplir una misión: guiar al niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, sus labores se inscriben en el ámbito del deber y la responsabilidad.

La exposición de menores en redes sociales por parte de madres y padres *influencers* se está convirtiendo en una práctica demasiado habitual, especialmente en Instagram. El *sharenting*⁹ entendido como compartición de información y fotos de los hijos en las redes sociales plantea numerosos interrogantes en el plano ético, legal y también publicitario. La huella digital de menores y sus posibles efectos se unen a la práctica de progenitores *influencers* que emplean la imagen de sus hijos para promocionar marcas de productos y servicios.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS PROGENITORES *INFLUENCERS*

a) *Derecho a la intimidad*

El art. 10 de la ley 26.061 consagra el derecho a la vida privada e intimidad familiar (reconocida en el art. 19 de la C.N.), en consonancia con

⁸ <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/13209/1/sharenting-ejercicio-reponsabilidad.pdf>

⁹ <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11918/1/sharenting-derechos-pesonalisimos.pdf>

el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 11 párr. 2° y 3° del Pacto de San José de Costa Rica. A su vez, la Ley 26061 en su art. 22 dispone que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”.

El derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital son derechos de cada niño, niña y adolescente por tanto está en ellos la libertad de ir disponiendo de ellos a medida que vayan alcanzando el grado de madurez suficiente para hacerlo; de manera que, a medida que vaya progresando su autonomía, podrán por sí mismos disponer de sus derechos, podrán autodeterminar su intimidad en internet y podrán crear una identidad digital que los represente, y de la que no se avergüencen. En el contexto de progenitores *influencers*, este derecho puede verse vulnerado cuando se comparten imágenes, videos o detalles personales de los hijos sin considerar las posibles consecuencias a largo plazo. Es fundamental recordar que, los progenitores deben actuar en función de su bienestar y protección priorizando su interés superior. Las redes sociales muestran una elevadísima presencia de niños, niñas y adolescentes en post de progenitores *influencers*, convirtiéndolos en vehículos de marcas¹⁰. Es importante que los progenitores establezcan límites claros sobre qué aspectos de la vida de sus hijos pueden ser compartidos en redes sociales. Estos límites deben respetar el derecho a la privacidad del menor y evitar la sobreexposición.

Por otra parte, el derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital son derechos de cada niño, niña y adolescente por tanto está en ellos la libertad de ir disponiendo de ellos a medida que vayan alcanzando el grado de madurez suficiente para hacerlo. De manera que, a medida que vaya progresando su autonomía, podrán por sí mismos disponer de sus derechos, podrán autodeterminar su intimidad en internet y podrán crear una identidad digital que los represente, y de la que no se avergüencen. Los padres deben proteger la dignidad digital de los niños y

¹⁰ <https://revistadecomunicacion.com/article/view/3460/2824>

adolescentes, lo que implica evitar injerencias arbitrarias en su intimidad, cuidar el uso de la imagen de sus hijos, evitar publicaciones que los expongan y que dañen su reputación¹¹.

b) Consentimiento del menor

La obtención del consentimiento es un aspecto crucial cuando se trata de la exposición de menores en redes sociales. Sin embargo, surge el desafío de determinar cuándo un menor está en condiciones de otorgar un consentimiento informado y libre en los marcos de su autonomía (art. 26 CCCN). En la mayoría de los casos, los niños pequeños no comprenden plenamente las implicaciones de la exposición en línea, lo que coloca una mayor responsabilidad en los progenitores para proteger su intimidad desde la educación digital y el amparo de su interés superior.

c) Consecuencias legales y éticas

La exposición excesiva de los hijos en redes sociales por parte de los progenitores *influencers* puede tener diversas consecuencias, tanto legales como éticas. La huella digital de los menores en línea puede tener un efecto nocivo en el futuro y hasta derivar en demandas contra sus progenitores por violación de su derecho a la intimidad. Finalmente, uso de la imagen del menor en conjunto con algunos datos como la geolocalización o viralización de sus actividades cotidianas, puede derivar en un puente para conductas riesgosas como el ciberacoso o para la comisión de delitos contra la infancia como suplantación de identidad, grooming o generación de material de explotación sexual infantil a través de IA.

d) Impacto psicológico

Además de las implicaciones legales, la exposición pública de los niños puede tener consecuencias psicológicas negativas. Los menores pueden sentirse invadidos o incómodos con la idea de que aspectos íntimos de su vida sean conocidos por un público amplio. Esto puede afectar su desarrollo emocional y social, y generar conflictos en la relación con sus progenitores.

¹¹ Peñaloza, Bárbara V., *Dignidad digital de niños y adolescentes: protección de sus derechos personalísimos en internet*, publicado en DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 126 Cita Online: AR/DOC/2443/2018.

PERFILES DIGITALES DE LA INFANCIA

Por Karina Vanesa Salierno¹

I. CONCLUSIONES

De lege ferenda.

1. Las plataformas y redes sociales recogen de manera ilimitada datos personales de niños, niñas y adolescentes para desarrollar perfiles digitales dirigidos a la industria publicitaria y al marketing de datos para determinar experiencias personalizadas, y no existe una normativa nacional ni universal que establezca los límites de estas conductas.

2. Se hace necesario un nuevo replanteo de los riesgos que asumen los niños, niñas y adolescentes en el ecosistema digital en materia de recolección de datos personales y perfilamiento mediante la identificación de las aplicaciones dirigidas a los niños, cuales de ellas solicitan permiso a sus padres, y el análisis profundo del procesamiento y tratamiento de sus datos personales que cada empresa o compañía envía a la industria publicitaria, principalmente información de identificación y de geolocalización.

3. Se deberá prohibir la elaboración de perfiles o la selección de niños de cualquier edad con fines comerciales mediante un registro digital de sus características reales o inferidas, incluidos los datos grupales o colectivos, la selección por asociación o los perfiles por afinidad. Las prácticas basadas en la publicidad subliminal, la analítica emocional, la publicidad inmersiva y la publicidad en entornos de realidad virtual y aumentada para promocionar productos, aplicaciones y servicios.

4. Se deberá prohibir la indexación de datos de los NNA a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y con el objetivo de

¹ Abogada y notaria. Doctoranda en ciencias jurídicas, magister en derecho de familia, infancia y adolescencia por la Universidad de Barcelona. Posgraduada en derecho de niños, niñas y adolescentes por la Universidad de Salamanca, en familia, infancia y adolescencia por la UBA, en derecho e inteligencia artificial por el IALAB-UBA y en el Sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos por la Fundación Rene Cassin. Secretaria General del Consejo Académico de la UNA. Miembro honorario del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Coordinadora del Área Académica de Grooming Argentina y Coordinadora del Comité de Formación Académica y Capacitaciones de Grooming Latam. Profesora de la UNA, docente e investigadora, autora de libros y artículos de doctrina, ponente y expositora.

preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. El reconocimiento de los derechos de los NNA exige el respeto a su privacidad que deberá resultar del compromiso entre proveedores de servicios, educadores, progenitores y el Estado.

II. FUNDAMENTOS

1. PERFILES DIGITALES EN LA INFANCIA

En este breve trabajo desarrollaremos el derecho a la intimidad del niño en su interrelación con el ecosistema digital conformado por las redes sociales, contenidos, servicios, aplicaciones digitales, dispositivos, entornos conectados, realidad virtual y aumentada, inteligencia artificial, robótica, sistemas automatizados, algoritmos y el análisis de datos, las consecuencias del perfilamiento de los niños y su impacto en su derecho a la intimidad. Para ello, imaginemos nuestra reacción si una persona desconocida vigila a un niño a través de una ventana durante las 24 hs del día los 365 días del año. ¿Qué haríamos? Seguramente llamaríamos a la policía. Sin embargo, lamentablemente, esto ocurre todos los días en el ecosistema digital sin ningún tipo de limitación o responsabilidad. Las empresas de software más importantes del mundo utilizan la información que recolectan de los niños a través del seguimiento de sus huellas digitales y la utilizan en la industria publicitaria para diseñar un perfil de niño consumidor y ofrecer experiencias cada vez más personalizadas, pero también cada vez más sesgadas. Los niños, por su pertenencia a un grupo vulnerable no tienen capacidad para distinguir anuncios de contenido, verdades de noticias falsas, conversaciones amistosas de conversaciones con fines delictuales. Es por ello que planteamos la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del niño frente al avance del perfilamiento que las industrias de procesamiento, marketing y subasta de datos realizan en ecosistema digital.

2. DESAFIOS DE LA SOCIEDAD HIPERCONECTADA

Uno de los desafíos de la sociedad actual radica en la interrelación simultánea de los derechos fundamentales con el impacto que provoca el desarrollo exponencial de la tecnología, partiendo de la base de que todos estos derechos son manifestaciones directas de la dignidad humana, el desafío del intérprete del derecho es ponderarlos, compatibilizarlos y armonizarlos con el avance de las tecnologías de la información y

comunicación² que impacta directamente en el comportamiento humano, en la libertad y en la capacidad de elección. Aristóteles sostenía que un acto solo es completamente nuestro cuando hemos llevado el origen del acto a esta parte contemplativa de nosotros, conocida como el nous, o centro de la inteligencia espiritual, dentro de una persona³. Una vez que se ha llevado hasta esta fuente, el acto es entonces enteramente libre porque se ha elegido desde nuestro centro y no desde nuestra periferia. No podemos concebir de manera adecuada lo que significa vivir humanamente si excluimos la libertad, si elegimos que otros elijan por nosotros. La libertad pertenece a la esencial de la naturaleza humana. De hecho, somos humanos en sentido auténtico solo en la medida en que somos libres⁴.

La Observación general número 25 del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos de los niños en el entorno digital⁵ plantea como objetivo principal explicar “la forma en que los Estados partes deben aplicar la CDN en relación con el entorno digital y ofrece orientación sobre las medidas legislativas, normativas y de otra índole pertinentes destinadas a garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y sus Protocolos Facultativos, habida cuenta de las oportunidades, riesgos y los desafíos que plantea la promoción, el respeto, la protección y el ejercicio efectivo de todos los derechos de los niños en el entorno digital”.

La OG 25 brinda una serie de principios a partir de los cuales se deberá interpretar el ejercicio de los derechos de los NNA en el ecosistema digital. En primer lugar, el principio de no discriminación que se vincula con el necesario acceso igualitario al goce del desarrollo científico y del progreso de la tecnología. En segundo lugar, el principio del interés superior del niño en su aplicación dinámica, y en tercer lugar el principio relacionado con la

² DEL CARRIL, E., “El derecho a la intimidad (la protección constitucional en época de redes sociales)”, en *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pág. 31.

³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 3.3.17 (1113 a 1)

⁴ Steiner, *The Philosophy of freedom*, pág. 140 y Tomas de Aquino, *Summa Theologiae*, 1a2ae, I.I-4.

⁵<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0myCaUSrDC%2F0d3UDPTV4y05%2B9GME0qMZvh9UPKTXcO12>

defensa y protección del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Este principio se relaciona con los dos primeros y se basa en definitiva en la necesidad de no exponer al niño a contenidos que sean nocivos para su salud en sentido amplio, su desarrollo intelectual y psicofísico, o que promuevan ideas violentas que puedan atentar contra su salud física y emocional. Este principio también se vincula al derecho a la verdad y a la desconexión digital. Las ideas falsas en internet pueden dar al niño una idea sesgada del mundo y pueden manipular sus decisiones y su libertad. Asimismo, la necesidad de sostener, sin lugar a dudas, las interacciones intersubjetivas y sobre todo con el medio ambiente representa un pilar fundamental para el desarrollo cognitivo en el entorno social en especial en los primeros años de vida. Estos principios son el horizonte de las medidas generales de aplicación por los Estados partes por medio de legislación, política y estrategias integrales, coordinación, asignación de recursos, reunión de datos e investigación, vigilancia independiente, difusión de información, concienciación, capacitación, cooperación con la sociedad civil, vinculación con el sector empresarial, publicidad comercial y comercialización, acceso a la justicia y reparación, a fin de hacer efectivos los derechos de la infancia en el ecosistema digital.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO

El derecho a la intimidad en su primitiva aproximación de la publicación en el año 1890 del artículo de Samuel Warren y Luis Brandeis⁶, puede definirse como “el derecho a ser dejado solo”⁷, o como lo conceptualizó Bidart Campos “*una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual tanto podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros,*

⁶ Poco antes de la publicación de este texto, en 1873, el Juez Cooley ya había mencionado en «The elements of Torts», la expresión: the right to be alone, el derecho «a ser dejado en paz» o si se prefiere, según la traducción de Urubayen, «a ser dejado solo o tranquilo». Warren y Brandeis lo retoman como condición que es necesaria garantizar a la persona ante, citando a Cooley, «los recientes inventos y métodos de hacer negocios». Sin embargo, dicha alusión resulta sacada de contexto por Warren y Brandeis, por cuanto Cooley no se refería en ningún momento al respeto a la vida privada, sino a no ser víctima de ataques o agresiones físicas.

⁷ Samuel D. Warren, y Louis D. Brandeis, “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, vol. 4, N° 5 del 15-12-1890, ps. 193-220. Estos autores advirtieron tempranamente la insuficiencia del ordenamiento jurídico para abarcar la interrelación de la privacidad y las tecnologías emergentes de la época.

como realizar acciones autorreferentes que caigan bajo ese conocimiento público”⁸. En este sentido, el principal rasgo definitorio de la intimidad es que forma parte de la esencia misma de la personalidad y, por ende, es inherente a todos los seres humanos, a la persona, sustancia primera, completa e individual, según Aristóteles, como ser racional. La intimidad es, consiguientemente, una parte esencial de la creación de la identidad, esto es, de la consolidación del «yo». La intimidad es, pues, un factor de individualización, *un recinto secreto del alma*⁹ que hace al ser humano ser quien es y que, por tanto, no es objetivable desde fuera ni objeto de derecho¹⁰. Del mismo modo, posee otras diferencias respecto a la vida privada por cuanto el conocimiento de esta, aun cuando sea intrusivo, no la destruye, mientras que la intimidad pierde su condición cuando es conocida.

Este derecho goza de garantía constitucional en los artículos 18 y 19 de la CN. Esta reserva de los actos privados que constituyen la intimidad escapa de toda autoridad terrenal y es un espacio donde se rechaza toda injerencia del Estado. Asimismo, tiene consagración convencional en los tratados internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, establece la primitiva fuente normativa respecto a los derechos objeto de este apartado. El derecho a la intimidad queda consignado así en el artículo 12: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”; el artículo 11 de del Pacto de San José de Costa Rica lo vincula con la dignidad misma de la persona cuando establece: “ARTICULO 11. *Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su*

⁸ BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, t. I-B, pág. 51

⁹ LAÍN ENTRALGO, P. *La intimidad del hombre. Homenaje a Antonio Maravall*. Madrid, CIS, 1985, p. 379.

¹⁰ GONZÁLEZ GAITANO, N.: «¿Deber de respeto a la intimidad o derecho a la intimidad?», en Innerarity, D. y Vaz, A. (ed.) (1987): *Información y derechos humanos. Actas de las I Jornadas de Ciencias de la Información*. Pamplona: Eunsa, p. 129.

honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Nuestro ordenamiento jurídico interno reconoce expresamente en el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando establece que *“La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra, reputación imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los datos sufridos (...)”* que remite al artículo 1770 donde se dispone que *“la intromisión arbitraria en la vida ajena o perturbadora de cualquier modo su intimidad, debe ser obligada a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez (...) otorgando al perjudicado de una herramienta efectiva para la protección de este derecho”*. Intimidad es sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía, es el derecho a ser dejado tranquilo, solo, es lo reservado al conocimiento exclusivo del propio sujeto o a su círculo cercano. Según MOSSET ITURRASPE, *“el respeto pleno o integral de la persona humana tiene que ver con la tutela de su privacidad, intimidad o reserva; aquellos aspectos que el hombre guarda alejado de terceros, para sí mismo o sus íntimos, no sometido a la curiosidad de las demás personas, del resto de la comunidad”*¹¹ reservado al estrecho círculo de sus próximos, y no los hechos o situaciones producidos en lugares públicos y respecto de los cuales no hubo intención de mantener ocultos para terceros. El derecho a la imagen de los niños, niñas y adolescentes se encuentra dentro de la esfera del derecho a la intimidad que comprende la privacidad familiar e *“implica la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada o familiar, en el domicilio o en la correspondencia, o contra los ataques ilegales a la honra o reputación”*¹².

En España, además de la protección constitucional del derecho a la propia imagen del artículo 18 de la CE, se desarrolla su contenido en la Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, la

¹¹ Mosset Iturraspe, J. y Piedracasas, M., *Código Civil anotado. Responsabilidad Civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 65.

¹² De Cucco Alconada, M., El derecho a la imagen y las redes sociales, 12 de Marzo de 2018, www.saij.gob.ar, SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Id SAJ: DACF180045, disponible en <http://www.saij.gob.ar/maria-carmen-cucco-alconada-derecho-imagen-redes-sociales-dacf180045-2018-03-12/123456789-0abc-defg5400-81fcanirtcod> (último acceso 14 de julio de 2021)

intimidad personal y familiar y la propia imagen y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que considera una “*intromisión ilegítima en la imagen e intimidad personal y familiar de los menores cualquier utilización de su imagen que pueda implicar un menoscabo de su reputación, que sea contraria a sus intereses, incluso si se cuenta con la autorización del menor*”¹³.

El derecho a la privacidad e intimidad con fundamento constitucional en el artículo 19 de la CN¹⁴ protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual que incluye los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad¹⁵.

El exministro PETRACCHI¹⁶, de la CSJN concluyó que el derecho a la privacidad es el derecho que todo habitante de la nación tiene que ser dejado solo por el Estado para garantizar la autodeterminación. Además, dentro de la conceptualización de la privacidad, el aspecto moral encarna la idea de que una persona pertenece a sí misma y no al resto de la sociedad¹⁷. “*La protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno*”¹⁸. “*El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo*

¹³ Martínez Pérez, M.D., Derecho a la propia imagen en redes sociales: fotografías y vídeos personales, en <https://sinderiza.com/derecho-a-la-propia-imagen/> (último acceso 16 de julio de 2021).

¹⁴ Artículo 19 de la CN argentina: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

¹⁵ CN Casación Penal, Sala 1, 6/11/1997, LL, 1998-A-343, CSJN, 11/12/1984, JA, 1985-I-513; 13/2/1996, LL, 1996-B. 35.

¹⁶ “*Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes*” (1986), Fallo: 308:1392, 29/08/1986. El Juez Petracchi basa parte de su opinión en el caso *Bowers v. Hardwick*, (1986) 478 U.S. 186; 30/06/86.

¹⁷ *Sejean, J. B. c/ Zaks de Sejean, A. M.* (1986), Fallo: 308:2268, 27/11/1986.

¹⁸ *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia* (2006), Fallos: 329:5266

familiar y de amistad sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”¹⁹.

En materia de niños, niñas y adolescentes, la normativa constitucional convencional Argentina ha sido ampliada por la Ley 25.326 de protección de datos personales, que incluye dentro de la categoría de dato personal sensible a las imágenes o videos, la Ley 26.032 de protección del servicio de internet amparado por la garantía constitucional de la libertad de expresión y la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que reconoce en su artículo 10 el derecho de los niños, niñas y adolescentes a su privacidad personal y familiar y en el artículo 22 el derecho a que se respete su dignidad, reputación e imagen, y se determina la prohibición de dar a conocer datos, informaciones o imágenes que permitan identificar al niño, de manera directa o indirecta, a través de medios de comunicación o publicaciones, si no cuentan con su consentimiento y el de sus representantes legales, cuando sean lesivos de su dignidad o reputación o dañen su intimidad personal o familiar. De igual modo, el Decreto Nacional 415/2006 reglamentario de la Ley 26.061 dispone que se incluyen dentro de los datos cuya difusión se encuentra prohibida por el artículo 22 mencionado, los referidos al grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permita identificarlo directa o indirectamente. Agrega, asimismo, que, cuando el contenido de difusión resulte manifiestamente contrario al interés superior del niño, no podrá desarrollarse, aún con consentimiento de los niños y sus representantes legales²⁰.

La mayoría de los niños y niñas de dos años edad, ya poseen una presencia online, una huella digital que se comenzó a crear aún antes de poder hablar y que los acompañará durante toda su vida y tal vez también luego de su muerte. Ellos ya tenían una identidad digital, aún dentro del vientre de su madre, porque muchos padres comparten las imágenes de las ecografías 3D o 4D y los sonidos del latido del corazón de sus bebés.

El “Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet” conocido como “Memorándum de

¹⁹ Franco, Julio César c/ Diario “La Mañana” y/u otros s/ daños y perjuicios (2007), Fallo: 330:4615.

²⁰ Nieto, María B., *Derecho a la intimidad del niño*, Buenos Aires, El Derecho, 2020, p. 40.

Montevideo”²¹, en particular de niños, niñas y adolescentes, recoge tres recomendaciones fundamentales como pilares básicos:

1) El reconocimiento del papel relevante que cumple la familia o el referente afectivo del niño, niña o adolescente en el proceso de educación sobre el uso responsable y seguro de herramientas como internet y las redes sociales;

2) La necesidad de que todas las medidas que se tomen prioricen el interés superior de niñas, niños y adolescentes y que guarden equilibrio entre las necesidades de protección contra la vulneración de sus derechos y el uso responsable de estas herramientas; y

3) La responsabilidad de todo aquel que se beneficie de cualquier forma de internet y de las redes sociales.

El informe denominado “*Estándares de protección de datos personales para los estados iberoamericanos*”²² elaborado por la Red Iberoamericana de protección de datos de los Estados Iberoamericanos, del año 2016, en lo relativo a NNA, afirmó que la mayoría de los datos de los NNA que se encuentran en línea es suministrado de manera voluntaria por los NNA o sus progenitores. El peligro del mal uso de los datos personales de los NNA, tiene origen no solo en su comportamiento sino principalmente en el uso que de su información hacen quienes deben protegerlos y representarlos.

Desde la Unión Europea, el Convenio de Roma de 1950 (CEDH) considerado como el primer texto europeo en el que se consagra la tutela de la vida privada, derecho que regula en su artículo 8 en los siguientes términos: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa*

²¹ Puede consultarse el texto del memorándum en https://programainfancia.uam.mx/pdf/s_doc/biblioteca/memorandum_montevideo.pdf (Consultado 11/09/2021).

²² Puede consultarse en https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf

del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²³, de 7 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01) se instituye que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*. En la Carta Europea de Derechos del Niño²⁴ (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) se declara que *“Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”*.

Asimismo, la Agencia Española de Protección de Datos Personales (en adelante AEDPD) desarrolla en la actualidad uno de los trabajos más importantes y significativos en materia de intimidad y protección de datos alineados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. *“Los datos privados son aquellos que pertenecen al ámbito de lo privado de la persona y que por voluntad propia desea mantener en dicho ámbito. Sin embargo, la acumulación de informaciones personales en entornos digitales puede llevarnos a levantar el velo que protege la intimidad y vida privada de los usuarios, convirtiéndose, advierte la AEPD, en «auténticas “identidades digitales” que facilitan un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias, hábitos del usuario» que combinados pueden llegar a desvelarnos su intimidad y vida privada”*²⁵.

La Carta de Derechos Digitales de España²⁶ ofrece un marco de referencia para garantizar los derechos de la ciudadanía en la nueva realidad digital, prohíbe expresamente la indexación de datos de los NNA y en capítulo IX sobre protección de menores en el entorno digital, establece que

²³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de diciembre de 2000.

²⁴ Carta Europea de Derechos del Niño. Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, 8 de julio, 1992.

²⁵ Puede consultarse en: <https://www.aepd.es/es/publicaciones-y-resoluciones>

²⁶ Puede consultarse en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2021/Julio/Noticia-2021-07-15-El-Gobierno-de-Espana-adopta-Carta-Derechos-Digitales.html#.YSdQ344zZhE

los progenitores, curadores, tutores o representantes legales deben procurar que los menores hagan un uso responsable y equilibrado de los dispositivos, de los entornos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y con el objetivo de preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. En este aspecto, los centros educativos, así como cualquier persona física o jurídica que desarrolle actividades en entornos digitales en los que participen menores de edad deberán garantizar la protección del interés superior del niño y sus derechos fundamentales, especialmente la protección de sus datos personales en la publicación o difusión de sus datos a través de los servicios de la sociedad de la información.

El reconocimiento de los derechos de los NNA exige el respeto a su privacidad que deberá resultar del compromiso entre proveedores de servicios, educadores, progenitores y el Estado. Los instrumentos nacionales e internacionales deberán dotar a los actores de la sociedad de herramientas válidas y eficaces para hacer operativos los derechos declamados en todos los instrumentos normativos. *“En definitiva, la protección de la intimidad y vida privada presenta una línea de evolución en paralelo a los cambios acontecidos en el concepto de vida privada, que va desde una vertiente de libertad negativa frente a las intromisiones abusivas de los poderes públicos, hasta la concepción positiva actual de ejercer derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona y que haría referencia no solo a los medios tradicionales, sino a los archivos o bases de datos electrónicos”*²⁷.

Sin perjuicio de su origen anglosajón, a diferencia de lo que sucede en el continente europeo, la privacidad y la protección de datos en Estados Unidos, están recogidas mediante legislación sectorial. *“Existen diferentes estatutos que regulan las prácticas públicas y privadas sin que exista una ley específica sobre protección de datos. Mientras que, a nivel estatal, se desarrolla la regulación de protección al consumidor, segundo pilar en el que descansa la legislación sobre privacidad en Estados Unidos. Estos, al igual que el gobierno federal, tratan la problemática desde una perspectiva sectorial en lugar de mediante leyes integrales. Las disposiciones federales representan las protecciones mínimas que los Estados pueden reforzar, dando lugar a divergencias significativas entre Estados en algunos casos,*

²⁷<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/la-proteccion-de-la-intimidad.pdf><https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/la-proteccion-de-la-intimidad.pdf>

así como a situaciones en las que sectores industriales han acudido al Congreso para tratar de limitar leyes estatales más restrictivas”²⁸.

En este sentido podemos mencionar *la Children’s Online Privacy Protection Act* de 1998 (Ley de Privacidad para la Actividad de los Menores en la Red más conocida como COPPA) donde se establece la ordenación específica respecto a aquellos actos encaminados a obtener información o engañar a los menores en el entorno digital. En ella se establece que las empresas no pueden recopilar información personal de niños menores de 13 años sin el permiso de sus padres. Sin embargo, hemos sido testigos de lo que sucedió en internet desde que se sancionó aquella ley: cuando un niño cumple 13 años, las empresas de publicidad en línea tienen una media de 72 millones de datos sobre él. COPPA se aprobó en un mundo que los padres estarían en la habitación con un niño usando un ordenador, los smartphones y la era de la hiperconectividad presentan nuevos retos y desafíos.

La OG 25 del Comité de los Derechos del Niño²⁹ establece la necesidad de posicionar al interés superior del niño por encima de las necesidades comerciales y publicitarias del sector empresarial y expresamente reconoce que el entorno digital *“crea una cadena de suministro de actividades comerciales y de procesamiento de datos personales que pueden dar lugar a violaciones o vulneraciones de los derechos de los niños, por ejemplo como resultado de características de diseño publicitario que anticipan las acciones del niño y lo guían hacia la búsqueda de contenidos más extremos, de notificaciones automatizadas que pueden interrumpir el sueño o del uso de la información personal o la ubicación de un niño para transmitir contenidos potencialmente nocivos con fines comerciales”*.

²⁸ Vergara Pardillo, A. y Martínez Pérez, J. *“Modelos reguladores de protección de datos para una era global”*, en *El debate sobre la privacidad y la seguridad en la Red: regulación y mercados*. Madrid: Ariel, 2012, p. 31

²⁹ Ob. Cit

RESPONSABILIDAD PARENTAL DEL PROGENITOR INFLUENCER

Por Carlos Silvero Fernández¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Emerge clara la responsabilidad de los progenitores *influencers* que usan sus redes sociales para exponer a sus hijos, en tal caso es aplicable la CDN y en particular los artículos 10 y 22 de la Ley 26061.
2. Cualquiera de los progenitores puede oponerse por vía procesal más idónea a la publicación en las redes sociales de la imagen de sus hijos o al cese de las mismas.

De lege ferenda

3. Sería deseable una legislación específica de conformidad al derecho *soft law* que recomienda la ONU al instar a los Estados y a las empresas a colaborar para asegurar que los entornos digitales sean seguros y beneficiosos para los NNA, garantizando sus derechos y protegiéndolos de los riesgos asociados.

II. FUNDAMENTOS

La responsabilidad parental, definida en el artículo 638 del Código Civil y Comercial, abarca un conjunto de deberes y derechos inherentes a los progenitores en relación con la persona y los bienes de su hijo. Este conjunto de facultades y obligaciones está enfocado en asegurar la protección, el desarrollo y la formación integral del menor, hasta que alcance la mayoría de edad o se emancipe por matrimonio.

Los Principios rectores de la responsabilidad parental son: 1) El Interés Superior del Niño: Este principio establece que cualquier decisión o acción que involucre al menor debe priorizar lo que sea más beneficioso para

¹ Docente Titular de la Catedra B de Derecho Privado Parte General y Docente Adjunto de la Catedra B de Derecho de los Contratos – Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas- UNNE-.

él, por encima de cualquier otro interés, incluyendo los de los propios progenitores. El interés superior del niño es el criterio central en todas las cuestiones relativas a la crianza, educación, salud, y bienestar en general del menor; 2) Autonomía Progresiva: Reconoce que, a medida que los niños crecen, adquieren una capacidad progresiva para tomar decisiones propias. Esta autonomía se desarrolla gradualmente y debe ser respetada y fomentada por los progenitores. La autonomía progresiva implica que los padres deben adaptar su rol de protección y orientación según la edad y madurez del niño, permitiéndole tomar decisiones apropiadas a su nivel de desarrollo; 3) Derecho del Niño a Ser Oído: El menor tiene derecho a expresar su opinión en todas las cuestiones que lo afecten, y los progenitores, así como las autoridades competentes, están obligados a considerar estas opiniones de acuerdo con la edad y el grado de madurez del niño. Este principio garantiza que la voz del niño sea tenida en cuenta en la toma de decisiones que impacten su vida.

En consecuencia de la responsabilidad parental² emanan diversas figuras legales, entre las cuales destacan: a) Titularidad de la Responsabilidad Parental: Se refiere a la atribución del conjunto de derechos y deberes a los progenitores. Ambos progenitores son titulares de la responsabilidad parental desde el nacimiento del hijo, y este estatus se mantiene a lo largo de la vida del menor, salvo situaciones excepcionales como la privación de la patria potestad; b) Ejercicio de la Responsabilidad Parental: Hace referencia al modo en que los progenitores llevan a cabo las funciones y obligaciones que derivan de la responsabilidad parental. Este ejercicio puede ser conjunto o exclusivo de uno de los progenitores, dependiendo de las circunstancias particulares, como el estado civil de los padres o acuerdos específicos; c) Cuidado Personal del Hijo: Es la obligación de velar por la vida cotidiana del menor, incluyendo su alimentación, educación, salud y bienestar en general. Esta figura también está relacionada con la guarda física del menor, es decir, con quién reside habitualmente el niño. En casos de divorcio o separación, el cuidado personal puede ser compartido o atribuido a uno solo de los progenitores, según lo que se considere más adecuado para el bienestar del menor.

² MEDINA, Graciela, "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2014-10, p. 15-31, 03/11/2014.

En situaciones de divorcio o separación, la responsabilidad parental continúa siendo compartida por ambos progenitores, salvo que se establezca lo contrario por resolución judicial o acuerdo mutuo. El ejercicio conjunto de la responsabilidad parental implica que ambos padres deben tomar las decisiones importantes respecto al menor de manera consensuada. Sin embargo, en la práctica, la convivencia diaria puede ser gestionada principalmente por uno de los progenitores, con el otro manteniendo derechos de visita y participación en las decisiones fundamentales.

En casos excepcionales, como cuando uno de los progenitores no puede o no debe ejercer sus derechos y deberes (por ejemplo, debido a la violencia intrafamiliar o negligencia), la responsabilidad parental puede ser ejercida de manera exclusiva por uno de los padres o, en situaciones extremas, por un tutor designado judicialmente.

La responsabilidad parental es un concepto fundamental en el Derecho de Familia, que no solo implica derechos para los progenitores, sino también una serie de deberes orientados al bienestar integral del niño. Su ejercicio está siempre supeditado a los principios del interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del menor a ser oído, garantizando así que las decisiones que afectan al niño se tomen con miras a su desarrollo y bienestar. En situaciones de separación o divorcio, este conjunto de deberes y derechos sigue siendo un compromiso conjunto, salvo en circunstancias excepcionales que requieran una solución distinta.

En la actualidad, es común que las personas compartan aspectos íntimos de su vida en las redes sociales, incluyendo la publicación de fotos de hijos e hijas menores de edad en situaciones cotidianas que pueden resultar graciosas. Este fenómeno, conocido como "sharenting" (una combinación de las palabras "share", compartir, y "parenting", crianza), genera debates sobre la sobreexposición de los niños en internet sin las debidas precauciones³.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la intimidad y a la protección de su imagen, respaldados por un marco normativo que incluye la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral de los

³ IACOVANTUONO, Victoria, "Los daños causados por la exhibición de la imagen de niños, niñas y adolescentes por parte de sus progenitores", SJA 31/03/2021, 3 - JA 2021-II, 85.

Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Además, en el contexto digital, Unicef ha desarrollado un decálogo sobre "Los e-derechos de los niños y las niñas", destacando derechos como la intimidad en las comunicaciones electrónicas y la protección de la identidad e imagen.

La publicación de imágenes en redes sociales con frecuencia vulnera estos derechos, especialmente cuando se realiza sin el consentimiento de quienes aparecen en ellas. Una vez que una imagen se sube a la red, se pierde el control sobre ella, pudiendo ser replicada y difundida ampliamente, incluso por personas ajenas al círculo cercano.

Esta situación de vulneración proviene a menudo de los propios progenitores o familiares cercanos. Ante esto, es crucial que tanto los progenitores como los propios menores afectados prioricen su interés superior sobre la libertad de expresión de los titulares de los perfiles en redes sociales, sean estos sus padres u otras personas.

La ONU⁴ ha abordado la protección de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en entornos digitales a través de diversos informes y recomendaciones. Uno de los documentos clave es el Comentario General N° 25 sobre los derechos de los niños en relación con el entorno digital, adoptado por el Comité de los Derechos del Niño en 2021; en particular La ONU subraya que los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, como el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la protección contra la violencia y la explotación, y el acceso a la información, son plenamente aplicables en los entornos digitales; que los NNA tienen derecho a acceder a las tecnologías digitales de manera segura y equitativa, lo que incluye el acceso a Internet y a herramientas digitales educativas; que el entorno digital presenta riesgos específicos para los NNA, como la exposición a contenidos inapropiados, ciberacoso, explotación sexual y otros tipos de violencia. La ONU insta a los Estados a adoptar medidas legislativas, administrativas y educativas para proteger a los niños en estos entornos; que la protección de los datos personales de los NNA es esencial, y los Estados deben garantizar que las empresas que operan en el entorno digital cumplan con estándares de protección de datos que resguarden la privacidad y seguridad de los menores; que la Educación y Capacitación es fundamental que los NNA y

⁴ UNICEF (2017) -Estado Mundial de la infancia- Niños en entornos digitales – en <https://www.unicef.org/media/48611/file>

sus cuidadores reciban educación y capacitación sobre el uso seguro y responsable de las tecnologías digitales. Esto incluye la alfabetización digital, la concienciación sobre los riesgos en línea y la formación en habilidades críticas para navegar en el entorno digital; que los NNA tienen derecho a participar en la vida digital y que esta participación debe ser promovida y facilitada de manera que respeten su dignidad y desarrollo. Los Estados deben garantizar que los niños puedan expresar sus opiniones y ser escuchados en asuntos relacionados con su vida digital; que los Estados tienen la responsabilidad de crear un marco regulatorio que proteja a los NNA en entornos digitales, asegurando que sus derechos no sean vulnerados por actividades en línea; y además que las empresas tecnológicas y plataformas digitales también tienen un papel crucial en la protección de los derechos de los NNA. Deben adoptar medidas que minimicen los riesgos y proporcionen entornos en línea seguros y aptos para menores.

Colofón: El interés superior del niño otorga una protección especial debido a su vulnerabilidad, al no haber completado su desarrollo personal. Esta tutela debe prevalecer en toda relación jurídica, priorizando el bienestar moral y material del niño sobre cualquier otra consideración.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PUBLICIDAD COMERCIAL REALIZADA POR INFLUENCERS EN REDES SOCIALES

Por Julieta C. Tabares¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. La actividad de influencers que, en redes sociales, promocionan, venden y/o entregan productos, debe analizarse a la luz de los principios jurídicos y las normas consumeriles existentes, en diálogo sistémico y con perspectiva constitucional.

2. El marketing de influencers, en particular respecto de ciertas prácticas, puede tener un impacto negativo en los consumidores, especialmente en aquellos considerados hipelvulnerables, tales como niños, niñas y adolescentes.

3. La publicidad realizada por influencers, en cualquiera de sus formas, debe encuadrarse como “buena publicidad”, debiendo ser honesta y responsable. Asimismo, debe respetar la Constitución Nacional y la legislación vigente. En tal sentido, la publicidad debe ajustarse a los principios de licitud, veracidad, autenticidad, moralidad, buena fe y lealtad comercial.

4. Determinar si la actividad desplegada por influencers constituye una publicidad comercial resulta fundamental para definir si un acto de comunicación queda comprendido en las normas que regulan la temática, así como para considerar la responsabilidad de los influencers y de los anunciantes.

5. La determinación del carácter publicitario del anuncio requiere la acreditación de un vínculo legal entre el influencer y el anunciante.

¹ Profesora Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho de los Contratos de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesora Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesora Adjunta de Contratos Vinculados a la Actividad Inmobiliaria I de la Licenciatura en Corretaje Inmobiliario de la UNR; Abogada Auxiliar de la Oficina Municipal del Consumidor de Rosario. Miembro titular que avala la ponencia: Dr. Carlos Alfredo Hernández.

6. Si las comunicaciones efectuadas por los influencers revisten carácter publicitario, resultan aplicables las disposiciones referidas a la integración de la publicidad al contrato (art. 1103 CCCN y art. 8 LDC).

7. Resulta necesario que el mensaje transmitido por los influencers contenga una identificación acerca del carácter publicitario del contenido, lo que puede lograrse a través de una advertencia previa al ingresar a su perfil o directamente en cada una de sus publicaciones. De lo contrario, podría configurarse una transgresión a lo dispuesto en el art. 1101, inc. a) CCCN, dado que el consumidor no conoce el carácter promocional de los contenidos que percibe.

8. La publicidad encubierta no resulta ilegítima en función de su contenido, el cual puede ser cierto, sino en virtud del ocultamiento o de la dificultad que tiene para el destinatario de la comunicación el hecho de conocer la naturaleza promocional de su contenido. El principio de autenticidad exige que la publicidad sea reconocida como tal, de forma que pueda ser interpretada correctamente y no sea objeto de engaño o manipulación.

9. No existe en nuestro ordenamiento normativo una regulación especial que contemple las problemáticas que pueden emerger de la actividad de los influencers.

De lege ferenda.

10. Se propicia la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas que contemple las actividades y posibles responsabilidades de los influencers, considerando las diversas experiencias del Derecho comparado.

11. Se recomienda, asimismo, la regulación de la actividad de los influencers en las redes sociales, la que debería abordar aspectos vinculados a la información, a la publicidad, a la seguridad y a la responsabilidad civil.

RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS QUE OPERAN EN LOS ENTORNOS DIGITALES.

Por Ezequiel Valicenti¹

I. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad civil de las plataformas digitales (de comercialización, de la economía colaborativa, entre otras más) carece de regulación legal específica en el derecho argentino, por lo que los casos se resuelven sobre la base sistémica de los principios y reglas convencionales y constitucionales, los que surgen del Código Civil y Comercial, los del microsistema del consumidor, y por la dispersa y escasa legislación particular (vgr. ley 25.326 de protección de datos personales, normativa del BCRA, etc.). Además, el denominado derecho flexible o “soft law” puede resultar una valiosa herramienta interpretativa.

2. Ante la ausencia de marco regulatorio específico y la insuficiencia de las normas vigentes, debido a la incesante velocidad del desarrollo de la tecnologías de la comunicación e información y, ahora, de la inteligencia artificial, resulta conveniente regular normativamente el régimen legal aplicable a las distintas plataformas digitales y a la IA, a partir de un sistema marco, flexible y abierto, complementado con microsistemas especiales.

3. La responsabilidad civil de las plataformas puede ser subjetiva u objetiva aunque, cuantitativamente, ésta última será más frecuente. Se aplican integrativamente el ecosistema jurídico del sistema del Código Civil y Comercial, el del Derecho del Consumidor, y el previsto en las leyes especiales.

4. Para analizar la responsabilidad de las plataformas procede, en primer lugar, identificar y calificar el tipo actividad que desarrolla, desde el punto de vista técnico y jurídico. Luego, y sobre esa base, deben encuadrarse los supuestos en los que será aplicable la responsabilidad

¹ Profesor adjunto del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con funciones docentes en las asignaturas Instituciones de Derecho Privado, Derecho de los Contratos, y Derecho del Usuario y del Consumidor. La presente ponencia fue elaborada en coautoría con el Dr. Jorge Mario Galdós, profesor de posgrado en área de Derecho Privado en distintas universidades nacionales. Ex juez Cámara Civil y Comercial Sala 2, Azul.

objetiva (art. 40 de la LDC, o, en su caso, arts. 1722, 1723, 1757 y concs. del CCCN), o subjetiva (arts. 1721, 1724, 1725 y concs. CCCN).

5. La aplicación de la responsabilidad objetiva y solidaria del art. 40 de la LDC a las plataformas de comercialización y de la economía colaborativa, requiere que previamente se verifique si actúa y opera como intermediaria en la cadena de comercialización.

6. Para determinar el tipo de actividad que desarrollan las plataformas y su consiguiente responsabilidad civil, constituye una valiosa pauta de ponderación diferenciar entre la “intervención activa o intervención pasiva” (rol activo o neutro), conjuntamente con la teoría de la conexidad contractual y la de la apariencia jurídica, conforme a la legislación vigente. Pesa sobre la plataforma el deber de precisar y probar el rol desempeñado, no sólo por estar en mejores condiciones de hacerlo, sino también por qué es quien introduce el medio tecnológico.

7. De acuerdo a las condiciones en las que actualmente operan las plataformas, con una preponderante intervención activa en la generación del mercado digital y en las operaciones subyacentes que en él se celebran, el factor de atribución de responsabilidad es predominantemente objetivo, con emplazamiento en el microsistema del consumidor (arts. arts. 19, 5, 6, 40 y concs. LDC) e, integrativamente, con el sistema general del Código (arts. 1723, 1757 y concs. CCCN), lo que no excluye supuestos de responsabilidad subjetiva, exclusiva o concurrente (arts. 1721, 1724, 1725 y concs. CCCN).

8. La responsabilidad de las plataformas es *directa por incumplimientos propios* cuando se emplaza en el marco del contrato de servicios que celebra con cada usuario del portal (lo que incluye a quienes actúan como consumidores y a quienes lo hacen como proveedores/prestadores), por lo que cuando se configura una relación de consumo la responsabilidad será directa y objetiva, y se aplican las reglas del microsistema del consumidor (arts. 19, 5, 6, y concs. LDC).

9. En el caso de la responsabilidad por los incumplimiento del contrato subyacente que se celebra en la plataforma o por la actividad de los usuarios la *responsabilidad es indirecta o refleja*, la que será subjetiva u objetiva según la actividad que desarrolle la plataforma en el caso en concreto.

10. La intervención activa de la plataforma puede deducirse de diversos indicios, tales como: a) la intervención directa y determinante en la celebración del contrato, de manera tal que sin la actividad de la plataforma la operación no se celebraría; b) la percepción de una comisión

que está sujeta a la celebración del contrato; c) la provisión de financiación al consumidor; d) la edición o modificación de la información (ofertas); e) la generación de una apariencia que genera una especial confianza en el consumidor (ej. cuándo anuncia especialmente la seguridad o promete la garantía de las operaciones).

II. FUNDAMENTOS²

1. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS: CARENCIA HISTÓRICA Y RESPUESTAS A PRIORI.

a) El surgimiento de la economía de plataformas en los entornos digitales.

Es un dato evidente que en los últimos años la economía se ha volcado en gran medida a los entornos digitales. A los canales de ventas directas surgidos en las primeras etapas del *ecommerce* -las páginas webs operadas directamente por los proveedores- se agregaron luego las plataformas de comercialización y las que surgieron en el marco de la denominada “economía colaborativa”.

Procurando una aproximación conceptual inicial, recordemos aquí la conceptualización de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea (Reglamento 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de octubre de 2022), la que define a las “plataformas en línea” como “un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la

² Los fundamentos y conclusiones de esta ponencia han sido realizado en base a lo sostenido en GALDÓS, Jorge M. y VALICENTI, Ezequiel, “Responsabilidad civil de las plataformas de comercialización y de la economía colaborativa”, en GALDÓS, Jorge M. (Dir.) y VALICENTI, Ezequiel (Coord.), *Daños en los entornos digitales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, T. I, pp. 595-643.

característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento” (art. 3, inc. i)³.

La importancia de estos operadores ha sido puesta de manifiesto por quienes entienden que nos encontramos ante un “capitalismo de plataformas”⁴ o un “tecnoliberalismo”⁵. Incluso la importancia de estos agentes no sólo verifica en la posibilidad de generar nuevos canales de ventas (las “plataformas de comercialización”), sino también de generar nuevos mercados, como ocurre con las plataformas que permiten el desarrollo de la “economía colaborativa”, entendida como “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”⁶. Casos como de los de Uber, Airbnb o PedidosYa, se han desarrollado gracias a las plataformas que organizan esos entornos.

b) La carencia histórica y la aplicación a priori de la Ley de defensa del consumidor

En materia de responsabilidad de las plataformas de comercialización y en la economía colaborativa, el punto de partida radica en reconocer una insuficiencia normativa por carencia histórica, toda vez que el legislador no pudo contemplar la actividad de las plataformas que no existían al momento de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (año 1993), y tampoco se incorporaron en las reformas posteriores normas específicas sobre esta materia. La ley básica del microsistema del consumidor es de un tiempo pre-comercio electrónico. De allí que sus normas no se refieran a las actuales modalidades del *ecommerce*, y sólo se incluyan normas relativas a “ventas domiciliarias” o “venta por correspondencia”, que eran las formas de comercialización fuera del establecimiento del proveedor que se conocían en ese momento. En el año 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil

³ Ver, ALPA, Guido, “Sobre el poder contractual de las plataformas digitales”, en *Sup. Internacionalización del Derecho 2022* (agosto), LA LEY2022-E, cita online: AR/DOC/1930/2022.

⁴ SRNICEK, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Caja Negra, Bs. As., 2018.

⁵ SADIN, Éric, *La silicolonización del mundo*, Caja Negra, Bs. As., 2018.

⁶ SILVESTRE, Norma O. – WIERZBA, Sandra M., “Economía colaborativa: concepto, regulación y responsabilidad civil”, EBOOK-TR 2021 Tobías, 21/01/2021, 203; TR La Ley AR/DOC/3473/2020.

y Comercial, los arts. 1106, 1107 y 1108 del cuerpo permiten tener algunas normas relativas a la oferta por medios electrónicos.

Sin embargo, pese a la ausencia de normas particulares, podemos recurrir al diálogo coordinado e integrador de la legislación microsistémica (LDC), a las reglas y principios generales del CCC y al “soft law”.

En efecto, el andamiaje normativo en el que se funde la solución del caso podrá derivar de las normas específicas del microsistema del consumidor, particularmente las reglas relativas al derecho al arrepentimiento (art. 34, LDC y 1110 a 1116, CCC) y a su información - ahora instrumentado mediante el “botón de arrepentimiento”, según Resol. 424/20 de la Secretaría de Comercio Interior-, al deber de información sobre el medio electrónico (art. 1107, CCC, en relación con el art. 4 de la LDC y el 1100 del CCC), y al régimen de la oferta (art. 1108, CCC y su relación con el art. 7 de la LDC), además de las reglas sobre incumplimiento (art. 10 bis, LDC), sobre deberes de seguridad (arts. 5 y 6, LDC) y sobre publicidad (art. 8 LDC y 1101, CCC). En cambio, no puede concluirse en la directa y uniforme aplicación de la responsabilidad solidaria que emana del art. 40 de la LDC.

En los antecedentes de *soft law*, que recordemos no tienen fuerza normativa vinculante y obligatoria, podemos mencionar la resolución 37/2019 del Grupo Mercado Común del Mercosur sobre “Protección al consumidor en el comercio electrónico”, la que fue “incorporada al ordenamiento jurídico nacional” (tal los términos de la norma) por la resolución 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior. En el mismo sentido, procede acudir a las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor (revisadas en 2015) que establecen que en el comercio electrónico debe garantizarse a los consumidores “un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio” (art. 63). Se trata de un principio que resulta útil, particularmente si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento las controversias en torno al comercio electrónico y a la responsabilidad de las plataformas de comercialización deben ser resueltas recurriendo a la aplicación de otras normas generales o a las que contemplan supuestos análogos. Incluso, y reforzando esta idea inicial, se ha postulado que el “consumidor electrónico” debería ser considerado un consumidor hipervulnerable en tanto “existe una vulnerabilidad extrínseca relacionada a la fragilidad técnica del

consumidor”⁷. Por otro lado, las mismas Directrices consideran que “los Estados deberían esforzarse por mantener la confianza de los consumidores en el comercio electrónico” (art. 63, cit.). En este sentido, contar con un marco jurídico institucional adecuado es una de las formas en la que los Estado pueden promover dicha confianza.

Ante la carencia señalada, creemos que no cabe acudir a soluciones generales y apriorísticas, sino que debería atenderse al tipo de plataforma y a la actividad que esta desplegó en el caso concreto. Por ello, al momento de resolver un caso es preciso que, en primer lugar, se determine cuál es la actividad desarrollada por la plataforma en términos técnicos y jurídicos. Participamos de la opinión de que que no corresponde aplicar directa y automáticamente la responsabilidad objetiva y solidaria del art. 40 LDC, pues la plataforma no siempre puede ser considerada como un “intermediario” de la cadena de comercialización. Por lo demás, tampoco compartimos la postura que califica la actividad de las plataformas como riesgosa en todos los casos y de manera abstracta.

c) El problema de la calificación. Intermediación (pasiva y activa) y la conexidad.

Descartando las soluciones generales y apriorísticas, la determinación de la solución aplicable al caso requiere, en primer lugar, atender al “problema de la calificación”, esto es, determinar en el caso concreto el rol que ocupa la plataforma en la intermediación o en la organización de un sistema contractual, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico.

Para ello resulta de utilidad seguir la distinción entre “rol o intervención activa” y “rol o intervención pasiva” utilizada en el ámbito de la Unión Europea⁸ y seguida por nuestros tribunales, tanto en el caso de las plataformas, como en el caso de la responsabilidad de otros intermediarios,

⁷ ESTEVARENA, Emilio y BAROCELLI, Sergio, “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, en *La Ley* 2018-C, p. 180, cita online: AR/DOC/870/2018; TRIVISONNO, Julieta B., “Comercio electrónico, responsabilidad y confianza”, en *Jurisprudencia Argentina*, del 17/10/2018, p. 63, cita online: AR/DOC/3455/2018.

⁸ Principalmente en la Directiva 2000/31/CE (arts. 14 y 15), y el Reglamento 2022/2065 (art.6). Ver el *leadign case* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), “L’Oreal S.A c. Ebay” del del 24/07/2011.

como los motores de búsqueda. Desarrollaremos esta distinción en el punto 3.

2. LOS ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD: RESPONSABILIDAD DIRECTA Y RESPONSABILIDAD INDIRECTA.

a) Distinción de los ámbitos de responsabilidad

Frente a la pluralidad de hipótesis, conviene analizar la responsabilidad de las plataformas de comercialización según la calificación técnica y jurídica y distinguiendo dos supuestos:

- a) *los casos de responsabilidad por incumplimientos propios de la plataforma*: aquí la responsabilidad se discute en el marco del contrato de servicios, tanto respecto de los consumidores como de los proveedores, y se trata de supuestos una responsabilidad directa. Los tratamos en el punto c) de este apartado.
- b) *los casos de responsabilidad por el contrato subyacente o la actividad de los usuarios*: aquí se abarcan al menos dos supuestos: i) los incumplimientos del proveedor/prestador que opera en la plataforma; ii) los actos ilícitos ejecutados por usuarios o por terceros realizados durante la celebración o la ejecución de dicho contrato. El primer supuesto (i) (relación proveedor-consumidor), se emplaza en la responsabilidad por el incumplimiento total o parcial del contrato subyacente. En el segundo supuesto (ii) (actos ilícitos), puede incluir supuestos de estafas a consumidores por parte de vendedores falsos. En este grupo de casos, se trata de hipótesis de responsabilidad indirecta o refleja. Los tratamos en el punto 3.

La distinción que proponemos recoge las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) en las que se sostuvo que “los sitios web que prestan un servicio de intermediación en el comercio electrónico pueden ser responsabilizados tanto por la deficiente prestación del servicio que brindan (publicidad, calificación de los usuarios, transmisión de la oferta, manejo de la subasta, entre otros) como por el incumplimiento de la obligación principal que asumen sus usuarios proveedores”.

b) La responsabilidad directa (los incumplimientos propios) y la relación con el usuario

Los casos de responsabilidad de la plataforma por incumplimientos propios deben analizarse en el marco del contrato de servicios que celebra con cada usuario del portal (tanto para consumidores como proveedores). Se trata de relaciones estables, pues son vínculos de larga duración, que resultan necesarios para que luego se celebre el contrato subyacente (y conexo) entre el usuario y el proveedor. Esta relación puede o no ser de consumo, según se verifiquen los requisitos constitutivos fijados por el derecho vigente (arts. 1 y 2, LCD; 1092 y 1093, CCC).

No obstante, lo cierto es que los casos normalmente se refieren a daños sufridos por los usuarios-adquirentes, respecto a los cuales se configura una relación de consumo, y por lo tanto rigen las reglas de la responsabilidad directa y objetiva de la plataforma (arts. 19, 5, 6, 40 y concs. LDC). Se trata de responsabilidad que puede nacer del incumplimiento del deber de seguridad, del deber de información, de la publicidad engañosa, y de los defectos en la prestación del servicio.

3. LA RESPONSABILIDAD INDIRECTA Y LA NATURALEZA DEL ROL O INTERVENCIÓN.

a) Los debates vigentes

En las hipótesis de la responsabilidad indirecta, el centro del debate se cierne en torno al factor de atribución aplicable. Una posición sostiene que se trata de un caso de responsabilidad subjetiva, basado en el conocimiento que el operador de la plataforma tiene o pudo haber tenido de la actividad ilícita del proveedor. Otro sector entiende que se trata de una responsabilidad objetiva, con base en diferentes fundamentos: algunos postulan la aplicación de la responsabilidad objetiva y solidaria consagrada en el art. 40 de la LDC⁹; otros fundan su posición en la tutela de la confianza que generan los

⁹ TAMBUSSI, Carlos E., “Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web”, en RCCyC 2021-XII, p. 31, cita online: AR/DOC/2269/2021; ESTEVARENA, Emiliano y BAROCELLI, Sergio Sebastián, “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, en *La Ley* 2018-C, p. 180, cita online: AR/DOC/870/2018; WEINGARTEN, Celia, “Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta on line. Algunas aristas de análisis”, en *Jurisprudencia Argentina*, fasc. Del 11/03/2020, p. 3, cita online: AR/DOC/439/2020; GONZALEZ MADEO, Gabriel, “Ecommerce: Una mirada a al responsabilidad de las Plataformas Digitales que prestan servicios de intermediación en contrataciones a distancia”, en *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, n°25-Agosto 2021, cita online: IJ-MDCCLXXI-707.

intermediarios¹⁰; y por último, algunos sostienen que se trata de un caso de responsabilidad objetiva por riesgo¹¹. La jurisprudencia no es uniforme y en líneas generales existen dos tendencias marcadas, que siguen dos conocidos precedentes: el “caso Claps”¹², decidido por la Cámara Nacional Civil en 2012, y el “caso Kosten”¹³ fallado por la Cámara Nacional Comercial en 2018.

b) La determinación de la responsabilidad según el tipo de intervención

A nuestro modo de ver, la responsabilidad de la plataforma será subjetiva u objetiva según la actividad que desarrolle en el caso en concreto. Partimos de una distinción: rol pasivo supone responsabilidad subjetiva y el rol activo responsabilidad objetiva.

Si la plataforma asume actividades de mero “hosting” (alojamiento) de información, sin intervenir activamente en la celebración del contrato, ni en la información alojada por cada usuario, la responsabilidad es subjetiva y responderá cuándo se pruebe que su propia negligencia ha causado el daño (arts. 1721, 1724, 1725 y conec. CCCN). Cuándo la plataforma actúa como un sitio de similar a los avisos clasificados no corresponde aplicar el art. 40 de la LDC porque no puede decirse que ha intervenido en la cadena de comercialización. En estos casos, ofrece servicios de hosting de información

¹⁰ WEINGARTEN, Celia, “Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta on line. Algunas aristas de análisis”, en *Jurisprudencia Argentina*, fasc. Del 11/03/2020, p. 3, cita online: AR/DOC/439/2020; ESTEVARENA, Emiliano y BAROCELLI, Sergio Sebastián, “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, en *La Ley* 2018-C, p. 180, cita online: AR/DOC/870/2018. En el mismo sentido, TRIVISONNO, Julieta B., “Comercio electrónico, responsabilidad y confianza”, en *Jurisprudencia Argentina*, del 17/10/2018, p. 63, cita online: AR/DOC/3455/2018.

¹¹ TAMBUSSI, Carlos E., “Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web”, en RCCyC 2021-XII, p. 31, cita online: AR/DOC/2269/2021.

¹² Cám. Nac. Civ., Sala K, “Claps, Enrique M. y O. c. Mercado Libre S.A.”, del 05/10/2012, en *La Ley Online*, cita: AP/JUR/3246/2012.

¹³ Cám. Nac. Com., Sala D, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL”, del 22/03/2018, en *La Ley* 2018-B, p. 526, con notas de Luis Diego Barry; Carlos Tambussi; Emiliano Estevarena y Sergio Sebastián Barocelli, cita online: AR/JUR/1780/2018.

(ofertas, datos de contacto, etc.) y por lo tanto es un sujeto que desarrolla una intervención pasiva frente a la actividad desplegada por los usuarios.

En cambio, la responsabilidad será objetiva si la plataforma interviene de forma activa, sea porque tiene conocimiento efectivo de la información alojada, porque edita modifica o interviene directamente en el contenido, porque su actividad genera una apariencia suficiente en el consumidor, o porque participa directa y determinantemente en la celebración del contrato -es decir, es una plataforma “marketplace”, o si se trata de una plataforma de la “economía colaborativa”-. Creemos que el rol o participación activa “objetiviza” la responsabilidad, pues pone a disposición de las partes un sistema que permite celebrar el contrato en ese mismo entorno y, a partir de ello, genera una confianza especial en el consumidor (arts. 1067 y 1725, CCCN). En estos casos, su responsabilidad resulta objetiva y solidaria, cuándo los daños se deriven de un riesgo o vicio de las cosas o del servicio, y siempre que exista una adecuada relación de causalidad (art. 40 LDC).

Consideramos que pesa sobre la plataforma el deber de precisar y probar el rol desarrollado, no sólo por estar en mejores condiciones de hacerlo, sino también por qué es quien introduce el medio tecnológico.

La intervención o participación activa de la plataforma -que determina la aplicación del factor de atribución objetivo- puede deducirse de diversos indicios¹⁴, tales como: a) la intervención directa y determinante en la celebración del contrato, de manera tal que sin la actividad de la plataforma la operación no se celebraría o no se ejecutaría; b) la percepción de una comisión que está sujeta a la celebración del contrato; c) la provisión de financiación al consumidor; d) la edición o modificación de la información (ofertas); e) la generación de una apariencia que genera una especial confianza en el consumidor (ej. cuándo anuncia especialmente la seguridad o promete la garantía de las operaciones).

¹⁴ Ver PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico on line”, en *La Ley* del 08/09/2021, cita online: AR/DOC/2538/2021; BARRY, Luis Diego y BAUER, Eugenio, “El rol activo como dirimente en materia de responsabilidad en el comercio electrónico”, en *La Ley* 2018-B, p. 526, cita online: AR/DOC/825/2018.