

1 INTRODUCCIÓN

Hace unos veinte años me propuse indagar sobre el origen histórico de la Teoría General del Contrato. El tema de investigación lo habían sugerido los cambios trascendentes que había experimentado el concepto de contrato como consecuencia del desarrollo del derecho de las relaciones de consumo en el último cuarto del siglo XX. Refiriéndose al impacto fenomenal del derecho del consumo en el derecho privado, Vincenzo Roppo había aludido a la década de los años 90 del siglo pasado como “*Dieci anni chi sconvolsero il contratto*”. (Roppo, 2001, p. 9).¹ En efecto, la aparición de las relaciones de consumo había impuesto una nueva concepción del contrato bien diferente a la que había imperado durante los años anteriores. Y ello indicaba que pensar que la idea de contrato era inmutable era un error, y que se justificaba estudiar los aspectos históricos de su nacimiento y evolución.

Mirando hacia el pasado, pude encontrar evidencia de que la idea de contrato como tal no era un hecho inveterado. La Teoría General del Contrato no había existido como tal en la Antigüedad, ni siquiera en Roma; se había abierto camino trabajosamente durante la Edad Media, recién había aparecido en el Renacimiento, de la mano de la idea de libertad humana, y había sido formulada en los siglos XVI y XVII tanto por autores nordeuropeos como fundamentalmente por escritores españoles y americanos de la Escuela de Salamanca.

En esta etapa fundante, el contrato es concebido como un acto fundamental de la autonomía de la voluntad individual y del libre albedrío. Durante el siglo XX, ese esquema clásico experimentó muchas crisis, en primer lugar, desde el intervencionismo estatal y en segundo lugar, desde la perspectiva de las relaciones de consumo, lo que dio mérito a que se hablara de la fragmentación de la teoría general del contrato, todo lo cual fue estudiado en detalle en la investigación. (De Cores Damiani, 2018).

Lo que no imaginé es que a comienzos del siglo XXI, mientras yo estaba escudriñando el pasado de la idea de contrato, se estaba preparando otro cambio aún más impactante (*sconvolgente*, en palabras de Roppo) en el significado social y jurídico del contrato, que lo que fue, en su momento, la aparición de las relaciones de consumo. Las nuevas tecnologías de

* Doctorado (PhD) en Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas en la ciudad de Madrid. Rector de Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH), Uruguay.

¹ El verbo usado por Roppo es “*sconvolgere*”, que además de referir a algo importante, tiene una connotación de perturbación, trastorno o confusión.

la información y la comunicación, y en particular, las plataformas digitales, estaban comenzando a implicar para la institución contractual desafíos tan nuevos y radicales que permiten formular la hipótesis de que nos encontramos ante una nueva y profunda crisis de la institución contractual, que representa un hito muy relevante en la historia de la idea de contrato.

El presente trabajo pretende proponer el inicio de una reflexión sobre la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) y en particular, de las grandes plataformas que operan en Internet, sobre el futuro de la institución contractual. Por cierto, el fenómeno tecnológico incide transversalmente en todos los aspectos de la sociedad, pero afecta – y, como se verá, en modo superlativo–en forma especial a las relaciones contractuales, coloreándolas de una forma particular e incluso condicionando y determinando su significado esencial.

2 ETAPAS DE DESARROLLO DE INTERNET

Para plantear la cuestión resulta decisivo establecer una comprobación. Ya puede narrarse una historia de Internet, e identificar, a los efectos de este análisis, diversas etapas sucesivas, que implican mutaciones esenciales.

En la primera, inicial, una Internet rudimentaria sirvió meramente como vía de comunicación, agregada a las existentes. Durante esta que podríamos llamar primera generación, la recién nacida Internet se comportó solamente como medio de comunicación. El así llamado “comercio electrónico” no aparecía como sustancialmente diverso del comercio jurídico tradicional, ya que la tecnología aportaba solamente un medio más rápido para la comunicación–como lo es Internet–pero que era utilizado del mismo modo como lo había sido en un tiempo el correo epistolar, el telégrafo, el teléfono o el fax. Internet permitía que el contrato electrónico, y, en especial, la relación de consumo electrónica, se perfeccionase más fácilmente, mediante la aceptación de la propuesta por medios electrónicos, por lo cual no podemos hablar de un concepto esencialmente diverso del tradicional.² El llamado “comercio electrónico indirecto”(Delfini, 2014, p. 351) se equipara en realidad al tradicional, presentando como particularidad solamente un medio especial y muy rápido (en tiempo real)

² Posiblemente, ésta sea la perspectiva desde la cual apreciar las leyes modelo de CNUDMI sobre el comercio electrónico (Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996), esencialmente preocupadas por la forma de garantizar la identidad de emisores y la integridad de los mensajes tendientes a conformar el consentimiento contractual a partir del intercambio de propuesta y aceptación.

de encuentro de la propuesta y de la aceptación; pero luego, el cumplimiento ocurre en el mundo físico mediante la entrega de los bienes y la prestación de los servicios.

Paulatinamente, los internautas fuimos aprendiendo que esa forma de comunicación estaba generando un nuevo ambiente llamado virtual constituido por “bits”, en diálogo con el ambiente físico constituido por “átomos”. (Nigroponte, 1995, *passim*). Pero durante esta fase, la interacción entre los usuarios por medio de Internet era más anárquica y descentralizada, coherente con la idea o mejor dicho el sueño inicial de sus creadores, los “hackers”, basada en la configuración de una red de redes y en el contacto entre pares.

A partir de las invenciones iniciales y de la implantación de un protocolo de comunicación hipertextual en la década de los años 90 del siglo pasado, la posibilidad de utilizar internet como una red de comunicación “*peer to peer*”, libre del control de las autoridades, parecía abrir un mundo nuevo de libertad y creatividad.

Internet nace, esencialmente, como una red descentralizada. Su arquitectura se inspira en el diseño de la red de comunicaciones de las fuerzas armadas de Estados Unidos durante la guerra fría, conocida como “Arpanet”, pensada para sustituir el sistema centralizado de comunicaciones—vulnerable a un ataque al centro de control que inutilizaría todo el sistema—por un diseño de red en el que cada uno de los nodos almacena toda la información, de modo que, si uno de ellos es atacado, la información está guardada en los demás.

Internet es construida en la década de 1990 a partir de la idea de Tim Berners Lee, como un protocolo informático ([http: *hyper text transfer protocol*](http://www.ietf.org/rfc/rfc2068.txt), [html: *hyper text mark language*](http://www.w3.org/MarkUp/HTML/)) que permite a cada uno de los servidores, computadoras personales, teléfonos inteligentes, etc. conectarse con la red y obtener y difundir la información en formato digital.

En el curso de la evolución tecnológica, se hace posible a los usuarios no solamente consultar información, sino subir contenidos a la red social, del cual un ejemplo típico es la “*Wikipedia*”. Se comprende que los creadores de Internet, llamados “*hackers*”,³ tenían en mente la constitución de una red libertaria y colaborativa, un “*cyberespacio*” donde el individuo encontraría una mejor realización personal que en el seno de los Estados,⁴ ya que la realidad virtual escapa al imperio de las normas jurídicas tradicionales (códigos en el sentido

³ Según Wikipedia, pesar de que en la acepción común, el término “hacker” alude a la piratería informática, su significado original refiere a los “expertos entusiastas que consideran que poner la información al alcance de todos constituye un extraordinario bien”.

⁴ BAROLW, (s/f): <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence>

jurídico), quedando sometida solamente a reglas técnicas (códigos en el sentido informático). (Lessig, 2006,⁵ Reidenberg, 1998).

Esta red de contactos y comunicaciones sociales nace inicialmente, además, contraria a la lógica de la onerosidad, ya que se supone que todos los sujetos son pares y desarrollan entre sí un comportamiento colaborativo, compartiendo libremente la información (*peer production and sharing*). (BENKLER, 2006, p. 59).

Sin embargo, muy pronto, precisamente a comienzos del siglo XXI, asistimos al ingreso al mercado de enormes empresas que explotan – mediante modelos de negocio innovadores (Rodríguez de las Heras, 2017, p. 155)–plataformas digitales inteligentes, a través de las cuales se canaliza ya una parte enorme pero además creciente de las relaciones contractuales, de modo que quedan puestas en jaque las concepciones que hasta ahora teníamos del contrato y del mercado en el cual éste funcional.

3 LAS PLATAFORMAS DIGITALES: DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA A LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO

¿Qué es una plataforma digital? Según Wikipedia–que en este caso, *de te fabula narratur*, constituye una fuente absolutamente apropiada–una plataforma digital es un lugar de Internet que sirve para almacenar diferentes tipos de información tanto personal como a nivel de negocios. Estas plataformas funcionan con determinados tipos de sistemas operativos y ejecutan programas o aplicaciones con diferentes contenidos, como pueden ser juegos, imágenes, texto, cálculos, simulaciones y vídeo, entre otros.

Se conoce diferentes tipos de plataforma: transaccionales, que configuran canal de circulación de bienes y servicios por dinero (*matchmakers*); colaborativas (*wikis*); que sirven para crear entornos digitales, como los sistemas de registros distribuidos (*blockchain*); relativas a la educación, motores de búsqueda, etc.

Por otra parte, se ha definido precisamente a la economía colaborativa como una modalidad de intercambios generalmente ocasionales de bienes y servicios entre particulares–de regla no profesionales ni comerciantes, aunque esta circunstancia no es excluyente – facilitados por medios tecnológicos como una página web o una aplicación en teléfonos móviles, que pueden darse de forma gratuita u onerosa. (De Cores Damiani, 2016). Nació

⁵ Especialmente capítulo 1, “Code is law”. No obstante, esta visión refractaria a la posibilidad de una regulación del cyberspacio por las normas jurídicas da paso a la idea de que es necesaria una disciplina, de la que se discute la forma de producción y el contenido.

como una reacción al consumismo y una apuesta por el uso sustentable de los recursos. (Marques, 2017). La economía colaborativa, refiere a “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”(Comisión Europea, 2016).

Ahora bien, el fenómeno que nos ocupa es que en el proceso de aparición y desarrollo de las plataformas se consolidan compañías comerciales de enorme porte, que no solamente ocupan un lugar relevante en el mercado, sino que lo configuran. Hablo de las llamadas “cinco temibles” (*the Freightful Five*) que tienen en común operar en el mundo de las plataformas y descubrieron y explotan el enorme beneficio que proporciona la sistematización de los datos de los consumidores. Estas cinco compañías (Alphabet o Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft) son también conocidas como “*trillion companies*”, encabezan los rankings de capitalización de mercado, atrayendo enormes montos de inversión.⁶

Teniendo esas enormes dimensiones, sin embargo, estas compañías no negocian en bienes o servicios de la economía física. No producen ni distribuyen barcos, aviones, automóviles, máquinas, o productos naturales o artificiales, ni servicios convencionales. Solamente prestan servicios de la sociedad de la información, conectando a miles de millones de consumidores y usuarios con empresas proveedoras y a consumidores y proveedores entre sí.

Y lo que confiere una complejidad particular a esta situación es que, como veremos, al ser de alguna manera herederas de los pioneros de Internet, estas compañías, pese a desarrollar un modelo de negocios estrictamente lucrativo, pretenden una legitimación vinculada con la defensa de un ideal social y de emancipación, con la defensa de la libertad de expresión del pensamiento y comunicación y con la independencia de los poderes estatales.

Este complejo panorama merece ser estudiado y discutido.

⁶ Las cifras precisas, medidas en millones de dólares, resultan de Wikipedia y refieren al segundo trimestre de 2024: Microsoft, 3,322,000; Apple, 3,230,000; Alphabet (Google), 2,267,000; Amazon, 2,011,000; Meta (Facebook), 1,279,000.

4 LAS PLATAFORMAS INTELIGENTES Y SU RELACIÓN CON LAS EMPRESAS

No es de extrañar que los ordenamientos se hayan preocupado por el poder enorme que adquieren las plataformas digitales que operan en escala global mediante la construcción de enormes bases de datos y el uso de la inteligencia artificial.

En primer lugar, porque los proveedores se hacen cada vez más dependientes de las plataformas para ofrecer sus productos a los consumidores. Pero además, porque las plataformas tienden a integrarse verticalmente con otras empresas que son competidoras en el mercado, lo que significa que adquieren participaciones en empresas que compiten con quienes les proporcionan los datos, lo que implica un desastre en el justo juego de la competencia. Las plataformas establecen verdaderos marcos regulatorios privados, y mecanismos reputacionales (Bostoen, 2018) que pueden significar la vida o la muerte de las empresas.

Según el Informe general de las Jornadas Colombianas de la Asociación Henri Capitant, fechado en octubre de 2023, la gestión de las plataformas plantea en todo el mundo algunos problemas importantes:

1. El desarrollo de una competencia percibida como desleal por los actores tradicionales, ya que concurren con ellas con la veleidad – como se verá más adelante - de no estar sujetas a las reglamentaciones y restricciones de esas actividades. (por ejemplo, transporte de personas, hotelería y turismo).

2. Aumento de la dependencia económica del lado de la oferta, con la emergencia de cuasi monopolios u oligopolios (numerosos proveedores no pueden prescindir de tal o cual plataforma) y precarización de algunos proveedores de servicios como transportistas (“*deliveries*”) y conductores.

3. Disminución de las garantías del lado de la demanda con el desarrollo de transacciones entre no profesionales, y

4. Aceleración de la circulación de contenidos ilícitos (por ejemplo, promoción del odio o comercio de productos falsos) con la anonimización de los oferentes.

En este contexto, se comprende fácilmente que las categorías que estaban en la base de la legislación consumerista (proveedor, consumidor y relación de consumo) dejan espacio a nuevos sujetos, nuevas cosas y nuevos lugares de intercambio. Como ha escrito Cristina Amato, “el derecho privado europeo 1.0 ... había sustituido la relación decimonónica “comprador – vendedor” por las figuras del proveedor y del consumidor; la economía europea

contemporánea 4.0 funde estas dos figuras en un único enigmático protagonista, el “*prosumidor*”, mitad profesional (vendedor-proveedor) y mitad consumidor ... En esta nube virtual no se encuentran vendedores y adquirentes, ni tampoco proveedores y consumidores; en su lugar intervienen personajes con doble sombrero, del proveedor y del consumidor; y ellos no necesariamente intercambian bienes (materiales) u obras de la inteligencia (bienes inmateriales), sino nuevos productos o servicios de contenido y o naturaleza digital (Amato, 2018, p. 212). Este tipo de intermediación entre la oferta y la demanda de bienes y servicios por medio de las plataformas digitales, radicalmente diferente de la de los intermediarios tradicionales, transforma la relación de consumo, anteriormente trabada directamente entre el proveedor y el consumidor (Hanich, 2016), planteando la pregunta sobre el rol y la responsabilidad de las plataformas en paralelo con el rol y la responsabilidad de los proveedores.

Es por ello que la idea general que anima hoy día a los diferentes ordenamientos jurídicos es de desconfianza hacia las plataformas, lo que explica la existencia de legislaciones ya sea sectoriales (en los sectores de transporte de personas, hotelería y turismo) o generales, como las normas que intentan proteger el interés general (por ejemplo, en la Unión Europea, el Reglamento n° 2022/720 relativo a los acuerdos verticales y la Digital Market Act , etc.), o el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que busca que se concedan opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea, y que las condiciones generales de uso de las plataformas cumplan ciertos requisitos básicos de equilibrio contractual justo.

Aunque parezca paradójal, en el nuevo mercado digital se ha protegido primero a las empresas que a los consumidores. Obviamente, al fin del día se busca obtener un mercado competitivo que redunde en la satisfacción de los consumidores; pero ese hecho da cuenta de que enfrentamos un medio ambiente económico totalmente nuevo: el mercado digital de bienes y servicios, que requiere un nuevo posicionamiento del derecho, ya que si bien las plataformas no se encuentran totalmente desreguladas, crecen de una normativa específica y adecuada. (Rodríguez de las Heras, 2017, p. 152).

5 LAS PLATAFORMAS INTELIGENTES Y LAS RELACIONES DE CONSUMO

También en relación directa con los consumidores, las grandes plataformas inteligentes plantean muchas cuestiones que generan preocupación. En la primera generación de Internet, la tecnología generó nuevos problemas, pero en general fueron resueltos mediante la norma que refería a la publicidad y a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial.⁷ El contexto actual implica lidiar con las plataformas inteligentes, lo que explica que la Comisión del mercado interior y protección del consumidor de la Comisión Europea haya participado en la elaboración de normas de derecho civil sobre robótica. (Parlamento Europeo, 2015, p. 64)

Otras economías avanzadas como la de Japón dan también cuenta de la preocupación respecto de los consumidores, ya que la falta de contacto físico y el anonimato de las transacciones por medio de plataformas digitales hace que aumente la asimetría informativa en perjuicio de los consumidores. Por otra parte, el resarcimiento de los daños se hace a su vez más difícil. (Karaiskos, 2019).

Se comprende que en este contexto, el derecho de las relaciones de consumo creado en el vigésimo siglo, la regulación de la información precontractual, de las cláusulas abusivas, de la responsabilidad, queda superado. (Busch *et al.*, 2016).

En efecto, un problema grueso que presenta la “nueva contratación” de los consumidores en su relación con las plataformas, es si la misma constituye una relación a título oneroso o gratuito. En efecto, el consumidor no paga nada a cambio del servicio que le proporciona la plataforma. Es evidente que esta es una razón, entre otras (Bouchard e Lacoursiere, 2003), para pensar seriamente en una reformulación del concepto de relación de consumo. Es evidente que el nuevo formato de los “*cyberservicios*” no encaja en la definición de relación de consumo aplicable al mundo no virtual, ya que la relación de consumo requiere esencialmente una vinculación onerosa entre el proveedor y el consumidor. La previsión de vinculación gratuita se limita a establecer que si ella se crea en virtud de una relación onerosa, configura una relación de consumo; pero es siempre necesaria la referencia a una relación onerosa, o sea, a una vinculación que obliga al consumidor a una prestación patrimonial,

⁷ En el Uruguay, el derecho de retracto dado por el art. 16 de la ley 17250. En Europa, por la Directiva 2011/83/UE, sobre información precontractual y derecho de arrepentimiento en contratos celebrados a distancia, que refería expresamente a las “ventas por Internet” (Considerando 5).

generalmente pecuniaria. En cambio, en el ámbito de la sociedad de la información, un supuesto muy corriente de los prestadores de servicios es que el proveedor los presta sin remuneración pecuniaria a cargo del consumidor. Los servicios de correo electrónico, o los que prestan las plataformas interactivas, o los motores de búsqueda, no requieren, en principio, una contraprestación pecuniaria. Pese a ello, no pueden ser considerados gratuitos, desde el momento en que operan según un modelo de negocios que implica obtener datos personales del consumidor o usuario para generar negocios onerosos con terceros.

Sin embargo, el lucro comercial que obtienen los proveedores de servicios de la sociedad de la información no proviene del propio usuario, según el modelo que subyace a la legislación sobre relaciones de consumo, sino de terceros a quienes ellos ofrecen los datos personales recabados de los consumidores o usuarios (Martinelli, 2018, p. 557). En efecto, para usar el servicio que ofrecen las plataformas, el consumidor no tiene que pagar nada; simplemente “consiente” el uso de los datos que derivan de su uso de la plataforma, mediante la aceptación de algo enigmático, expresado mediante un sintagma en idioma inglés: la política de “*cookies*”. Las *cookies* son pequeñas cantidades de información enviadas por un sitio web y almacenadas en el navegador, que permiten al sitio obtener información sobre el usuario. Es esta información, obtenida de millones de internautas, y procesada por los algoritmos de inteligencia artificial, la que puede ser vendida a empresas deseosas de conocer datos sobre el usuario (hábitos de navegación, preferencias de consumo, lecturas predilectas, perfiles y niveles de consumo, lugares que frecuenta, y hasta el modo de conducir el auto, lo que tiene valor específico para que las empresas de seguros fijen con precisión sus primas, etc.) (Pertot, 2018, p. 529-546). Esta información tiene un valor, por lo que ha sido denominada “el petróleo del siglo XXI”. La plataforma presta el servicio sin contraprestación dineraria, pero opera como captadora de datos personales, los cuales, elaborados según las técnicas de la *big data*, y de la inteligencia artificial, tienen un enorme valor económico para las empresas que gestionan las plataformas. (Langhanke e Schmidt-Kessel, 2016, p. 593).

Ya hace veinte años, la Directiva europea 2000/31/CE sobre los servicios de la sociedad de la información hacía referencia a servicios que se prestan “normalmente” a cambio de una remuneración. Esta referencia a la “normalidad” es de suma importancia, ya que ponía en evidencia la necesidad de repensar el concepto de relación de consumo en el marco de la nueva sociedad de la información. Como hemos visto, la relación de consumo está pensada en el derecho comparado como una relación onerosa, que implica un vínculo sinalagmático entre proveedor y consumidor. Los servicios de la sociedad de la información

no encuadran muchas veces en esa definición, y ello es evidente porque muchos de ellos no implican remuneración por parte del usuario. En el considerando 18 de la directiva 2000/31/CE, se aclaraba que los servicios de la sociedad de la información no se limitaban únicamente a servicios que daban lugar a la contratación en línea, sino también, “en la medida en que representan una actividad económica, eran extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos”.

Por su parte, en la Propuesta de código civil española, está contenido un artículo “587-1 que reza: 1 ... una de las partes, el prestador, se obliga a prestar uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas a la otra parte, el usuario final, a cambio, normalmente, de una remuneración. Se comprenden los servicios gratuitos para el usuario final siempre que constituyan una actividad económica para el prestador.”

En el mismo sentido, la jurisprudencia brasileña tiene resuelto que la explotación comercial de Internet supone el advenimiento de relaciones de consumo sujetas a la ley nº 8.078/90, y que el hecho de que el servicio prestado por el proveedor del servicio de “Internet” sea gratuito no desvirtúa la relación de consumo, ya que el término “mediante remuneración” contenido en el art. 3º, § 2º, del CDC, debe ser interpretado de forma amplia, de modo de incluir la ganancia indirecta del proveedor.⁸

En consecuencia, puede sostenerse que aunque el consumidor no paga dinero por el servicio que le proporciona la plataforma, no se trata de servicios a título gratuito, y por tanto, entramos en el concepto de relación de consumo.

Como veremos más adelante, la evidencia que aparece es que la prestación de servicios sin remuneración pecuniaria se explica por el valor que el “excedente conductual” significa para las empresas que pueden procesarlo mediante sus potentes programas de

⁸ STJ – Resp 1.193.764/SP – 3.ª T. – j. 14.12.2010 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 08.08.2011. Según el Supremo Tribunal de Justicia del Brasil, “o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3.º, § 2.º, do CDC (LGL\1990\40) deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. Na lição de Claudia Lima Marques (2003, p. 94), “a expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço”. Retomando os ensinamentos de Claudia Lima Marques, a autora anota que “estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu marketing e de seu preço total, pois são remunerados na manutenção do negócio principal”, concluyendo que “no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exemplo do ‘enriquecimento’ dos fornecedores pelos serviços ditos ‘gratuitos’ pode comprovar” (Marques, 2033, p. 95). Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de Internet, ainda que prestados gratuitamente.”

algoritmos y comercializarlo a empresas dispuestas a pagar por la información que les facilita la colocación de sus productos y servicios.

6 MARCO JURÍDICO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL MERCADO DE RELACIONES CONTRACTUALES

6.1 Planteo general. Libertad y responsabilidad

El *modus operandi* de las plataformas presenta, desde el punto de vista del derecho contractual, el problema de determinar cuándo y con qué criterios pueden ser consideradas responsables de las prestaciones contractuales a cargo de los proveedores. (CARVALHO, 2017, p. 229). Una gran parte de los contratos tiene lugar actualmente con ayuda de plataformas, donde el consumidor se informa sobre las características de los bienes y servicios y por medio de las cuales, incluso, se perfecciona la transacción.

Para comprender el contexto en el que se desarrollan las plataformas hay que recordar una vez más la historia. Internet nace como una red esencialmente descentralizada; configura simplemente un protocolo que permite la comunicación entre nodos que están sustancialmente en paridad. Ello explica la particular forma de ser de los operadores de los primeros tiempos de la Internet. Se desarrollaron particularmente iniciativas de economía colaborativa, no guiada por el fin de lucro, sino por el ánimo de compartir el conocimiento y poner en común medios que hacen mejor la condición de todos.

Es por ello que en relación con las actividades de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, que son los que hacen posible esta gran comunidad de conocimiento, asume una gran importancia, por una parte, el derecho a la libertad de expresión; y por otra, el fomento de la innovación y de la creatividad. En efecto, Internet configura un formidable instrumento de libertad de comunicación y expresión del pensamiento, lo que fortalece la democracia y el derecho al desarrollo del comercio electrónico, ya que se entiende que existe un beneficio para la sociedad. Internet promueve las pequeñas empresas, la innovación, y disminuye la asimetría informativa de los consumidores, haciendo accesible una enorme cantidad de información y estimulando la competencia. De acuerdo con estos principios, los proveedores de servicios de la sociedad de la información,

cuando son meramente intermediarios, es decir, no tienen actividad editorial, se benefician con un estatuto particularmente liviano de responsabilidad.

Por otra parte, las plataformas inteligentes constituyen instrumentos novedosos importantísimos para el aumento de la calidad de vida de las personas. Cotidianamente empleamos plataformas para comunicarnos porque ello es más práctico, útil y conveniente. Es por ello que, en relación con la actividad de los llamados ISP (*Internet Service Providers*, entre los cuales están las plataformas *on line*), existe una corriente muy importante, legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, que no solamente camina a contrapelo de la tendencia hacia una responsabilidad más grave y objetiva, sino que concibe un estatuto especial de responsabilidad más leve aunque derivada del paradigma de la culpa del siglo XIX.

Según esta concepción, la circunstancia que aparece más relevante en el contexto de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, es que la información disponible para el público es provista por el público sin control previo. El mayor impacto de Internet sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión está en la forma en la que ha aumentado la capacidad de las personas de recibir, buscar y difundir información, incluyendo la información sobre la provisión de bienes y la prestación de servicios contractuales.

Ello pone en concurrencia principios propios de la libertad de expresión y de información, y principios propios de la responsabilidad contractual.

La perspectiva propia del estatuto de privilegio de las plataformas, fundada en el primero de los principios citados, se encuentra recogida en forma concentrada en los denominados Principios de Manila, de los cuales nos interesan particularmente los dos primeros:

A. Los intermediarios deben estar protegidos por ley respecto a su responsabilidad por los contenidos de terceros.

B. No se debe obligar a restringir un contenido sin una orden de una autoridad judicial.

A partir de estos principios se configura un sistema de responsabilidad particular, que se predica como más adecuado a la actividad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, en función de la tutela del derecho humano a la libertad de expresión y a la comunicación del pensamiento y de la información.

En la legislación comparada, es común encontrar que los servicios de la sociedad de la información gozan de una gran exoneración de responsabilidad. Los elementos técnicos de este nuevo modelo vienen dados por dos legislaciones de vanguardia en la materia: la

Directiva europea 2000/31/CE, artículos 12 a 15, y la Digital Millenium Copyright Act, de Estados Unidos.

Ellos combinan un principio general de ausencia de obligación general previa de monitoreo para detectar contenidos ilícitos en cabeza de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, una exoneración de responsabilidad en tanto en cuanto se cumplan determinadas condiciones (*safe harbors*).

Trasladado al campo de las relaciones contractuales, este paradigma tiende a proponer que las plataformas on line cumplen una función importantísima al aumentar exponencialmente la información y la oferta de bienes y servicios disponible para los consumidores, lo que fortalece notablemente su posición, caracterizada precisamente por una asimetría en la información. Por ello, es necesario no someterlos a la presión de un régimen de responsabilidad por los daños que los consumidores puedan experimentar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de los proveedores de los bienes y servicios.

Sin embargo, tratándose de empresas comerciales, es comprensible que la jurisprudencia y la doctrina hayan seguido la tendencia de comprimir al máximo las *safe harbors*, a los casos en los cuales los *Internet Service Providers* actúan en forma “meramente pasiva”, de lo que resulta que cualquier manipulación de la información sería suficiente para neutralizar la exoneración de responsabilidad.

Existen pues dos concepciones: la que mira a las plataformas como entidades sometidas al régimen general de responsabilidad, y la que las considera entidades sujetas a una responsabilidad muy reducida; la jurisprudencia se revela como un campo de batalla en el que se enfrentan las dos concepciones opuestas de la responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información por lesión al derecho de terceros.

La confrontación de estos principios opuestos (tutela de la víctima del ilícito, o del consumidor en su caso, y protección de los agentes que proveen servicios en la sociedad de la información) se aprecia particularmente siguiendo a la jurisprudencia argentina, que oscila entre la calificación de dicha responsabilidad como subjetiva—en los fallos como los relativos a los casos “Belén Rodríguez” o “Gimbutas” (aun cuando con importantes votos en disidencia)—y como objetiva, como en el caso “Krum”.⁹

⁹ Aun cuando es imposible aquí profundizar en el debate, es posible referir que se aprecia una confrontación entre varias Cámaras de Apelaciones argentinas, que en fallos de conspicua fundamentación han sostenido la responsabilidad objetiva de los proveedores de servicios de la sociedad de la información basada en el riesgo, y la Corte Suprema, que se ha inclinado por la responsabilidad subjetiva.

Del mismo modo, en lo que tiene que ver con las relaciones de consumo, en la jurisprudencia argentina se ha considerado que si bien la plataforma *on line* no es proveedora del bien o servicio, “interviene -y por ende es responsable- desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para si la confianza de sus clientes. Y, precisamente, esa confianza constituye la fuente primaria de sus obligaciones”.¹⁰

6.2 *Intento de definición de la disciplina de la responsabilidad contractual de las plataformas*

Para intentar resolver adecuadamente esta cuestión es necesario tener en cuenta que existe una gama muy heterogénea de situaciones. La heterogeneidad de los supuestos fácticos redundando en la dificultad para construir marcos generales y sistemáticos exhaustivos acerca del derecho de la responsabilidad civil en los entornos telemáticos o digitales. La realidad que enfocamos es plural y diversificada, por lo que no parece adecuado, en este estado del arte, formular teorías demasiado generales. Genéricamente hablamos de comercio electrónico o de servicios de la sociedad de la información, pero ello comprende pluralidad de problemas, muchos de ellos susceptibles de ser resueltos conforme las reglas tradicionales, otros que presentan perfiles de novedad.

Aludiremos a dos criterios que se han manejado en el derecho comparado: el control de las condiciones de la prestación, y el deber de hacerse cargo de las consecuencias negativas de las actividades de las que se obtiene un provecho.

6.2.1 Grado de control sobre la transacción

Como ha explicado Carlos de Cores Damiani (2016), en el caso de la economía colaborativa, la incidencia de los instrumentos informáticos varía entre la absoluta pasividad y la intervención en la edición de la información o en aspectos sustanciales del contrato. Ello determina que el grado de control sobre la información o la transacción varíe, y esa variable es la que se ha considerado como el factor crucial para separar a los simples intermediarios, de los editores de contenidos o prestadores de servicios; control que puede manifestarse de diversas formas: seleccionando la información que llega a los usuarios, priorizando unos contenidos sobre otros, dirigiendo la forma y el contenido de los listados de usuarios,

¹⁰ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala K de 5-oct-2012, Cita: MJ-JU-M-75599-AR | MJJ75599 | MJJ75599.

estableciendo estándares mínimos de calidad de los proveedores, proporcionando medios de pago electrónicos y, sobre todo, fijando el precio de los intercambios. (Katz, 2015, p. 1071).

Según Busch *et al.* (2019), se debe definir si la plataforma: es un mero facilitador o directamente el proveedor. O sea, si es un servicio de la sociedad de la información, o un servicio de la economía real. El ejemplo de la plataforma “Uber” es muy clarificador. Si Uber es considerado meramente un *Internet Service Provider*, se entenderá que su rol se agota en poner en contacto al transportista con el viajero, y no tendrá responsabilidad alguna derivada de la prestación del servicio. Si por el contrario, se entiende que no es un simple intermediario, y su responsabilidad está en juego.

En reciente sentencia de 20 de diciembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que Uber no encuadra en la figura de mero intermediario, ya que ejerce un control decisivo sobre aspectos fundamentales del servicio: “proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, ... (los) conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores”; ... “ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores (...) ... establece al menos el precio máximo de la carrera, ... recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ... ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos”.

En la jurisprudencia italiana se ha discutido lo mismo respecto a Tripadvisor, concluyéndose que no se trata meramente de una empresa de servicios de la sociedad de la información (De Franceschi, 2016, p. 57-58). Lo mismo puede afirmarse respecto de la empresa Airbnb. (Mak, 2016, p. 25).

6.2.2 Forma en la cual la plataforma se presenta ante el consumidor

Es necesario proteger la confianza del consumidor. Si la plataforma en forma transparente se presenta al consumidor como un mero intermediario, no debería ser responsable por el incumplimiento del proveedor. En cambio, si el consumidor puede ser inducido a confiar en el respaldo de la plataforma, ésta debe responder. (Research Group on the Law of Digital Services, 2016, p. 164).

6.2.3 *Ubi emolumentum, ibi onus*

En un visionario estudio publicado en 1981 en la *American Economic Review*, Sherwin Rosen sostuvo que la tendencia en la economía es que los talentos ganarán cada vez más dinero. Relevaba que según la Enciclopedia Britannica y el Grove's Musical Dictionary, la famosa cantante Mrs. Billington había ganado entre £10.000 and £15,000 en la temporada de Ópera de 1801 en Covent Garden and Drury Lane; agregaba que aun ajustando dichos precios al año 1981, esas ganancias serían pequeñas en comparación con las de Pavarotti; y que sus ganancias hubieran sido mayores si hubiera existido la radio o el fonógrafo; pero especula que dichas ganancias aumentarían con los nuevos medios de 1981: “cable, video cassettes y computadoras personales” (sic). (ROSEN, 1981).

La tesis de Rosen se manifestaba exacta ya en 1981. Cuánto más hoy día, donde la comercialización no tiene fronteras, alcanzando potencialmente, en forma inmediata, a miles de millones de personas, lo que permite obtener, a partir de ganancias insignificantes en cada operación, resultados económicos exorbitantes.¹¹

Como ejemplos de estas megaplataformas puede mencionarse a en el campo de la compra de bienes a Ebay – Amazon – Mercado Libre; en la comercialización de servicios de viajes y hoteles, Airbnb – Booking – Tripadvisor; en el área del transporte, Uber – Blablacar; en los servicios, Pedidos ya – Rappi – Ubereats; en el sector financiero, las diversas empresas que practican *crowdfunding*; y un sinnúmero de redes sociales, tiendas de aplicaciones y sitios de comparación de precios regido y dominado por las “superestrellas” de la revolución digital, que operan en un régimen oligopólico. (Amato, 2018, p. 212).

En consecuencia, parece que no es posible definir un marco homogéneo. Los productos y servicios disponibles a través de Internet pueden ser ofrecidos por un simple particular, en el marco de lo que se ha llamado economía disruptiva o colaborativa, o por medio de una empresa poderosísima. Se comprende que desde el punto de vista de la política pública que debe orientar todo régimen de responsabilidad civil, seguramente habrá matices diferenciales.

Por tanto, desde esta perspectiva, parece razonable encontrar un fundamento al régimen excepcional de responsabilidad tratándose de empresas de economía colaborativa, pero no si se considera el fenómeno ulterior según el cual se ha verificado una verdadera

¹¹ Más arriba se consignan los datos que permiten deducir el valor de estas empresas.

apropiación de las plataformas por empresas comerciales que inventaron nuevos modelos de negocio.

Es por ello que resulta muy razonable lo establecido en la Agenda europea para la economía colaborativa: debe haber regulaciones con diferencias justificadas para los distintos modelos de negocios. (Comisión Europea, 2016, p. 356, Cauffman e Smits, 2016, p. 907).

7 EL “CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA” Y LA EXPLOTACIÓN DEL “EXCEDENTE CONDUCTUAL” COMO MODELO DE NEGOCIO

Como se ha visto, a partir del desarrollo exponencial de las grandes plataformas, se perfila una tendencia contraria a la de aquel sueño digital original.

Planteado el problema, resulta pertinente preguntarse cómo han logrado las grandes plataformas ese enorme tamaño y actividad comercial. ¿Cómo es posible que sin intervenir en la economía de bienes físicos, logren tan enormes dimensiones? Lo que ocurre es que han instaurado una nueva etapa del capitalismo, que Zuboff (2021) denomina “capitalismo de la vigilancia”.

El capitalismo de la vigilancia es definido al inicio de su obra como un nuevo orden económico que reclama para sí la experiencia humana como materia prima gratuita aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas. Los productos y servicios del capitalismo de la vigilancia no son los objetos de un intercambio de valor. No establecen una reciprocidad constructiva entre productor y consumidor. Son, más bien, los ganchos que atraen a los usuarios hacia unas operaciones extractivas en las que se rebañan y empaquetan nuestras experiencias personales para convertirlas en medios para los fines de otros. (Zuboff, 2021, p. 24).

A partir de sus constantes búsquedas y ejercicio de opciones, los usuarios de las grandes plataformas van dejando datos sobre sus preferencias, gustos, y modalidades de consumo. Esta información puede ser procesada y sistematizada por potentes instrumentos de inteligencia artificial, y luego vendida a empresas que ofrecen productos y servicios, entre otros, mediante la vía publicitaria. Las empresas comerciales, industriales y de servicios están ávidas por hacer rendir los recursos que emplean en publicidad. Si la publicidad está orientada

en forma individual a los usuarios y consumidores, presenta el mayor rendimiento posible. Si además, la enorme cantidad de datos acumulada, debidamente procesada, permite prever y adelantar los comportamientos de los usuarios, hablamos de una información utilísima para la empresa que sabrá cuándo hacer llegar el mensaje publicitario al consumidor en el momento más oportuno.

Los verdaderos clientes del capitalismo de la vigilancia son pues las empresas que comercian en los mercados que éste tiene organizados acerca de nuestros comportamientos futuros. El comercio está actualmente supeditado al capitalismo de la vigilancia. (ZUBOFF, 2021, p. 25).

Como se comprende, el perfil de estas operaciones es bien diferente a lo que conocimos en el siglo XX. Zuboff compara la situación con el nacimiento del capitalismo industrial y gerencial de inicios del siglo XX que diseñaron y pusieron en práctica líderes como Henry Ford al poner el Ford T al alcance de millones de consumidores. Pero el capitalismo va evolucionando en respuesta a las necesidades de las personas de cada época y lugar, (Zuboff, 2021, p. 50) lo que motiva el necesario análisis de la fase actual de la economía de mercado. Google inventó y perfeccionó el capitalismo de la vigilancia en un sentido muy similar a como Ford Motor Company o General Motors inventaron y perfeccionaron el capitalismo gerencial hace un siglo. (Zuboff, 2021, p. 22-23). Y rápidamente se pliegan a este modelo de negocios Facebook, Microsoft, Amazon y Apple.

Esta situación constituye un giro completo, un cambio radical respecto de lo que fue el origen de Internet, lo que requiere una explicación ya que, como veremos, es común que las empresas de lo que Zuboff llama el capitalismo de la vigilancia, justifiquen sus actividades acudiendo a los fundamentos propios de los creadores de Internet, que eran bien diferentes de aquellos en los que reposan sus actividades.

En ese marco, la disrupción provocada en la economía por la tecnología de la información y de las comunicaciones no implica meramente la aparición de un nuevo intermediario, ni se agota en la obsolescencia del diseño anterior del mercado.

Es el desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA) lo que ha permitido a las plataformas, que desempeñan un rol cada vez más protagónico en la intermediación entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, descubrir y explotar un recurso completamente nuevo: los datos personales, en la modalidad que Zuboff denomina “excedente conductual”.

No existe una definición establecida y unánimemente aceptada de la IA: es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (*cognitive*

computing: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior — humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots). Sin embargo, el objetivo fundamental de la investigación y el desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir. En términos generales, se puede distinguir entre IA débil (*narrow AI*) e IA fuerte (*general AI*). La IA débil es capaz de realizar tareas específicas. La IA fuerte es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano (Comité Económico y Social Europeo, 2017). Lo que caracteriza a las “máquinas inteligentes” es su aptitud para sustituir al hombre en aquellas actividades en las cuales en el pasado la intervención humana era considerada indispensable, por implicar el empleo de facultades sensoriales, cognitivas e intelectuales. (Di Giovanni, 2017, p. 121).

En el aspecto que nos interesa, ocurre que mediante la inteligencia artificial, las plataformas pueden recopilar inmensa cantidad de datos personales (*big data*) de proveedores y consumidores, ordenarlos, analizarlos y negociar con ellos sobre la base de un algoritmo y series estadísticas de datos tomadas de la observación de la realidad, de modo que la propia máquina incorpora esa información y la utiliza para sus decisiones (*machine learning*). El empleo de la inteligencia artificial presenta sobre la decisión humana directa una ventaja que consiste en su capacidad de tomar en cuenta más información que la que permiten los sentidos y la mente humanas, y emplear menos tiempo, ya que el cálculo computacional sobrepasa las sinapsis del cerebro humano. En esencia esto es lo que la máquina puede aportar: obtener resultados óptimos en relación con cierto objetivo (Gitti, 2018) o sea, resolver problemas con más información en menos tiempo: en el caso que nos ocupa, encontrar la oferta que más se adapta – en calidad y precio—a las necesidades del usuario; pero, además, elaborar series estadísticas y analizar los datos para sacar conclusiones.

Tanto empresas como consumidores están afines a utilizar las plataformas porque mejoran las posibilidades de negocio de las primeras y permiten a los segundos encontrar la oferta que mejor satisface sus necesidades, expectativas y preferencias. Pero en ese pasaje por la plataforma, todos van dejando un rastro de información que se recopila, se analiza, se ordena y se hace disponible como valor en el mercado. Es lo que Zuboff (2021) denomina “excedente conductual”.

Zuboff (2021) describe detalladamente el momento histórico en el cual se da el viraje desde la fase en la pre la economía colaborativa a la explotación capitalista, pasando por una etapa intermedia, en la cual los datos recopilados de los usuarios se aplicaban exclusivamente para mejorar el servicio. ¿Cómo ocurre el nacimiento de esta nueva era? Si bien ya había elementos desde comienzos del siglo XXI, es en 2011 cuando el capitalismo informacional da un giro decisivo hacia una nueva lógica de acumulación.

Zuboff (2021, p. 48) relata que a principios del siglo XX hubo una confrontación entre Napster y Apple. Apple logró prevalecer, al organizar un modelo de negocios que satisfacía las necesidades de personalización de lo usuarios (Iphone, Ipod, Itunes) porque los oyentes podían reconfigurar permanentemente las canciones a su voluntad. Esa potencialidad de recopilar y gestionar los datos y preferencias individuales de los usuarios por medio de plataformas digitales, fue inicialmente utilizada para mejorar el servicio al usuario. (Zuboff, 2021, p .21).

Pero los datos extraídos de la conducta del usuario exceden en mucho lo necesario para mejorar el servicio, y se configura un excedente conductual a partir del cual es posible detectar preferencias y realizar predicciones del comportamiento del usuario que poseen enorme valor, ya que permite a los actores comerciales, económicos, políticos y de todo orden conocer puntualmente los perfiles de los destinatarios de los mensajes, ya sea publicitarios, proselitistas o de otra índole, permitiendo una comunicación personalizada y dirigida y potenciando enormemente la efectividad del mensaje.

Zuboff relata puntualmente cómo fue un evento accidental el que reveló a los ejecutivos de Google el poder predictivo del buscador. Una mañana de abril de 2002 los servidores de Google se vieron repentinamente colmados de búsquedas de usuarios estadounidenses sobre el nombre de soltera de Carol Brady, una presentadora de televisión. Ese pico de búsquedas se repitió a intervalos regulares cuatro o cinco veces. La explicación fue que en el programa de televisión “Quién quiere ser millonario”, se había hecho esta pregunta, y los televidentes inmediatamente buscaban la respuesta en Google. Los picos sucesivos respondían a que el programa se emitía en distintos husos horarios a lo largo del territorio de Estados Unidos, hasta Hawaii. (Zuboff, 2021, p. 107-108).

A partir de este hallazgo fortuito, Google orientó su propia y continuamente creciente memoria caché de datos sobre comportamientos, así como su potencia y conocimientos informáticos, hacia un solo objetivo y una única tarea: emparejar anuncios con búsquedas. A partir del descubrimiento de este poder predictivo del buscador, el precio de los anuncios pasó

a depender de la posición que ocuparan en las páginas del resultado de las búsquedas. (ZUBOFF, 2021, p. 110). Google ya no practicaría la minería de datos con la finalidad exclusiva de mejorar el servicio para los usuarios, como había sido la práctica inicial de Apple, sino que se dedicaría a leer sus mentes con la finalidad de hacer que recibieran anuncios que se correspondieran con sus intereses, que deduciría por medio de algoritmos de inteligencia artificial a partir de los rastros colaterales dejados por su comportamiento en línea. (ZUBOFF, 2021, p. 112).

8 EL ENTORNO DIGITAL Y LA ESENCIA DEL CONTRATO

Voy a valerme aquí del análisis que elabora Shoshana Zuboff en el Capítulo 11 de su libro “La era del capitalismo de la vigilancia”, que denomina “El derecho al tiempo futuro”. Estimo que este capítulo contiene una profunda reflexión sobre la esencia del contrato y su compromiso en la actual coyuntura, que coincide con las conclusiones que yo mismo había extraído del estudio de la historia de la institución contractual.

La relación de comienza con el relato de una experiencia personal, que refiere a la obligación que la autora se ha creado a partir de su contrato con la editorial para elaborar el libro que está escribiendo. Expresa la autora:

Ese trabajo marca y delimita mis días. Yo prometí que terminaría este trabajo. Esa promesa es como una bandera que he plantado en el tiempo futuro. Representa mi compromiso de construir un futuro que no podrá ser si yo abandono mi promesa. Ese futuro no existirá sin mi capacidad, primero, de imaginar sus detalles y segundo, de querer que se hagan realidad. Si renegara de mi promesa, el mundo no se vendría abajo. Mi editorial sobreviviría a la rescisión de nuestro contrato. Ustedes encontrarían otros muchos libros que leer. Yo me dedicaría a otros proyectos. Pero mi promesa es un ancla que me sujeta frente a los caprichos de mis estados de ánimo y mis tentaciones. Es producto de mi voluntad de querer y es también una brújula que fija mi rumbo hacia un futuro deseado que aún no es real. Puede que surjan hechos que se originen en unas fuentes de energía que estén más allá de mi voluntad y que me hagan variar mi trayectoria por vías que no puedo predecir ni controlar. Pero, pese a ese conocimiento cierto de la existencia de la incertidumbre, no tengo duda alguna de que soy libre. Puedo prometer la creación de un futuro y puedo mantener mi promesa. (Zuboff, 2021, p. 444-445).

Estos párrafos, aparentemente correspondientes a la descripción de una mera experiencia personal, asumen en realidad el rango de una formulación teórica muy valiosa sobre la esencia misma del contrato.

Al colocar la promesa en el núcleo central de la esencia del contrato, se coloca en línea con las formulaciones de la Escuela de Salamanca, que conciben al contrato como ejercicio del propio libre albedrío, ubicando el eje en la voluntad y la subjetividad. Los autores de la Escuela de Salamanca habían culminado el viraje de la teoría general del contrato, desde una concepción objetivista, que concebía la justicia contractual como el equilibrio de las prestaciones, a una concepción basada en el sujeto, en la autonomía de la voluntad, que define a la justicia contractual conmutativa como el cumplimiento de la palabra empeñada, o sea, el hacer honor a la promesa.

La visión de Zuboff coincide en este punto con la que surge de la obra sobre la historia del contrato citada al principio (De Cores, 2018, p.471), donde se afirma que el hombre es hombre porque puede comprometerse y confiar en el compromiso; prometer y aceptar promesa; es el *homo promittens*. O en términos vulgares, el hombre es hombre porque puede comprometerse, porque puede contratar, y ese contrato es obligatorio y puede ser ejecutado forzosamente porque fue creado por la voluntad de la parte contratante.

En esta perspectiva, se coloca en el centro a la libertad y a la responsabilidad, porque no se concibe un verdadero desarrollo sin que ese desarrollo mejore y promueva al hombre en su propia dignidad. Desde el punto de vista histórico, esta concepción nace claramente con la Escuela de Salamanca. No hay desarrollo de la persona ni de la comunidad en un esquema paternalista; no hay promoción sin libertad y sin responsabilidad.

El mundo del contrato será pues esencialmente voluntario, será el ámbito de la libertad más radical, pues “ni el Rey ni el Papa” y ni siquiera Dios podrán imponer al hombre obligaciones por contrato sin su consentimiento.¹²

La esencialidad del consentimiento libre en la gestión de la vida económica de la comunidad y del individuo, si es que se apunta a una civilización más perfecta y excelente, contrasta con la visión de una sociedad regida por automatismos y algoritmos, que son funcionales a la rentabilidad de las empresas que los manejan, pero profundamente contrarios a la dignidad humana. Y a su vez, el cumplimiento del contrato también será un acto humano

¹² Estas referencias pertenecen a Pedro de Oñate, autor de lo que podría considerarse el primer Tratado sobre el Contrato en general. V. Oñate, Pedro De. De contractibus tomi tres, Romae, 1646.

libre, en el sentido de que no estará determinado y poseerá un valor moral, el valor de implicar un acto virtuoso de justicia conmutativa, pero no determinado.

Con la libertad de la voluntad – expresa Zuboff - emprendemos acciones totalmente supeditadas a la determinación que tengamos de llevar a cabo nuestro proyecto. Esos son actos que podríamos haber dejado sin hacer de no haber sido por nuestro compromiso de hacerlos. La voluntad es el órgano con el que hacemos que nuestros futuros existan ... Los filósofos morales lo han llamado “libre albedrío” porque es el contrapunto humano al miedo y a la incertidumbre que ahoga la acción original. Arendt dice que las promesas son “islas de predicción” e “hitos de confianza” en un océano de inseguridad. (ZUBOFF, 2021, p. 444-445).

Se advierte así como Zuboff opone un mundo social construido sobre la promesa, que a su vez reposa sobre el libre albedrío, a un mundo social regido por los programas de computación y la inteligencia artificial propia del capitalismo de la vigilancia. En sus palabras, el llamado “*smart contract*” es un “anti contrato”. En el *smart contract* no hay libertad sino determinismo.

Lo esencial de este rechazo al determinismo es la afirmación de que la libertad crea futuros no absolutamente determinados. Pueden ocurrir si se dan dos condiciones: la inexistencia de una imposibilidad, y la voluntad de cumplir con la palabra empeñada. Aquel relato de la experiencia de sentirse obligada por la promesa y de hacer radicar en la opción por el cumplimiento, a pesar del esfuerzo que ello conlleva, un motor moral, suscita el debate sobre la naturaleza misma del hombre, en el sentido de si es un algoritmo o alguien dotado de libre albedrío.

Quienes, como recientemente Yuvel Harari (2018), desconocen la existencia de un “yo”, concluyen que puede haber seres que sean conocimiento sin consciencia, mientras que, para otros, conocimiento y consciencia son dos caras del yo. Ciertamente, la libertad absoluta no existe; nunca las opciones son indiferentes antes de elegir una de ellas; el “yo” está condicionado por su cuerpo, por el contexto, por su propia psiquis. Pero la consciencia de existir como un “yo” le permite discernir y optar.

Por ejemplo Viktor Frankl (1990) se refiere al hombre libre de la siguiente manera: “El hombre posee instintos pero los instintos no lo poseen a él. El hace algo a partir de los instintos, pero los instintos no lo constituyen a él ... El hombre incluso en los actos más espirituales, dado que es uno, no puede actuar al margen de sus instintos, pero esto no quiere decir que esté determinado por ellos. En el hombre no hay instintos sin libertad ni libertad sin

instintos...” Esta línea de pensamiento está en la base de todas las corrientes humanistas: se afirma el “yo” y en esa medida, se vuelve central la relación con el “tu”; el “yo” es abierto al mundo. Si bien el ser humano puede ser definido en su composición orgánica como un conjunto de algoritmos, hay otra dimensión que le podemos llamar consciencia que incide en todo acto humano y que le permite optar. Esa dimensión es irreductible y constituye ese ser individual y condicionadamente libre que somos.¹³

Desde Cicerón, en esto consiste la honestidad: en el cumplimiento de las obligaciones, que por tanto será un acto humano, no un paso en el programa de un computador “Ninguna parte de la vida puede estar exenta de alguna obligación, y en su cumplimiento consiste toda la honestidad de la vida, y en su omisión, la torpeza”.¹⁴

Señala Zuboff (2021) que en su experiencia directa la libertad es una verdad íntegra e intacta que no puede reducirse a postulados conductistas que interpretan la vida como algo accidental y aleatorio, moldeado por estímulos exteriores que están más allá de mi conocimiento o influencia y repetidamente afectado por procesos mentales irracionales y poco fiables que yo no sé distinguir ni evitar. El libre albedrío - afirma - es la estructura ósea existencial que sostiene y traslada la carne moral de toda promesa ... y es la única forma de libertad que podemos garantizarnos a nosotros mismos. De ese modo la afirmación del libre albedrío es también una afirmación del derecho (un derecho humano fundamental) al tiempo futuro como condición de una vida plenamente humana. Este derecho corre el peligro de desaparecer en manos de una arquitectura digital paninvasiva de modificación conductual manejada por el capital de la vigilancia que es también su propietario.

De allí deriva Zuboff que la manera más sencilla de definir la finalidad del derecho contractual es que sirve para apoyar y dar fuerza a la práctica social de la formulación y el cumplimiento de promesas y acuerdos. Pero el apoyo y sostén no puede sustituir el acto humano, ni dar absoluta certeza. Y por eso el acto humano de cumplimiento es un acto virtuoso de justicia conmutativa, que no puede hacerse en caso de imposibilidad (*ad impossibilia nemo obligatur*) ni a costa de un sacrificio excesivo, lo que remite a la denominada teoría de la excesiva onerosidad superviniente.

Como dice Zuboff (2021, p. 448), los contratos nacieron para ser islas de predicción que mitigaran la incertidumbre en la comunidad humana y todavía conservan ese sentido. Pero todos los contratos son inevitablemente complejos e incompletos y las partes se

¹³ Conceptos vertidos por el Dr. José Arocena en ocasión de la clase inaugural dictada en la Universidad Claeh el 20 de abril de 2023.

¹⁴ CICERÓN, Libro I Capítulo II.

encuentran en la necesidad de adaptarse a perturbaciones imprevistas que surgen debido a los vacíos, errores y omisiones existentes en el contrato original. ... no hay libertad sin incertidumbre: la incertidumbre es el medio en el que la voluntad humana se expresa en forma de promesa. ...

No hay duda de que esta vinculación de la promesa y del contrato, y del libre albedrío, con la certidumbre y la incertidumbre es muy relevante en la discusión actual sobre el contrato. Dice Zuboff (2021, p. 452-453): La erradicación de la incertidumbre es objeto de exaltación. Elegimos la falibilidad de las promesas comunes y la resolución compartida de problemas antes que la tiranía cierta impuesta por un poder o plan dominantes porque ese es el precio que pagamos por el libre albedrío, que es en el que se fundamenta nuestro derecho al tiempo futuro.

Las promesas son el lugar donde cerramos la brecha entre lo conocido y lo incognoscible, donde surcamos los mares de la incertidumbre a bordo de nuestros bajeles de promesas compartidas. En el mundo real del empeño y esfuerzo humanos no existen ni la información ni la racionalidad perfectas. ...

Esta reflexión es realmente importante. El universo construido por occidente a partir de los conceptos de libertad contractual ha tenido derivas diversas, pero en una gran parte está caracterizado por el predominio de lo que podríamos llamar el mito de la certeza jurídica. Es obvio que un ordenamiento formado por reglas estables y serias es el marco imprescindible para un mercado ordenado y en definitiva para el desarrollo económico. Pero es muy dudoso que el llamado “valor certeza” pueda constituirse, como a menudo es posible observar, como valor predominante, o incluso, único, del derecho contractual.

De hecho, una observación vulgar de la práctica jurisprudencial, teórica y práctica, ilustra sobre la existencia de diversas posiciones sobre cada tema doctrinario, lo que hace que sea virtualmente imposible la predicción del resultado de un estudio doctrinario o de una sentencia. Circunstancia, a mi entender, incompatible con la pretendida condición de certeza.

Como dice Morin (1999, p. 39), los siglos anteriores siempre creyeron en un futuro repetido o progresivo. Afirma que el siglo XX ha descubierto la pérdida del futuro, es decir su impredecibilidad, que esta toma de conciencia debe estar acompañada de otra retroactiva y correlativa: la de la historia humana que ha sido y sigue siendo una aventura desconocida y que una gran conquista de la inteligencia sería poder, al fin, deshacerse de la ilusión de predecir el destino humano.

Precisamente ajeno a esta inteligencia, en cambio, el anticontrato transforma los riesgos humanos, legales y económicos de los contratos, en unos planes construidos, monitorizados y mantenidos por empresas privadas con el fin de procurarse unos resultados garantizados: el resultado no sería tanto una utopía, sino una distopía contractual. (Zuboff, 2021, p. 52).

9 CONCLUSIÓN

La proliferación de plataformas digitales inteligentes que rigen en forma creciente nuestras conductas económicas por medio del surgimiento y desarrollo exponencial de la inteligencia artificial, ha dado lugar a que se piense en una sociedad “posthumana”, (Barcarollo, 2019) donde el *homo sapiens* debe compartir su lugar en la sociedad con los algoritmos (Arari, 2018, p. 100-101). Ello plantea cuestionamientos muy radicales, que tocan fibras esenciales que la cultura occidental identificó con la libertad como rasgo tal vez definitorio de la condición humana, y en particular, aquel núcleo esencial de la persona en sociedad que es la construcción de un futuro por medio de promesas.

Es difícil conocer cómo se presentará el futuro. Pero es posible apreciar claramente un desarrollo generalizado de conciencia crítica sobre este fenómeno, particularmente necesario en el nivel de la educación superior.

Es de esperar que así como progresa la toma de conciencia, aparezcan instrumentos que permitan que el derecho contractual mantenga el rol de expresión de la libertad que hace a la esencia misma de la humanidad.

REFERENCIAS

AMATO, C. 2018. Il processo di armonizzazione del diritto contrattuale in Europa: dal piu al meno. *In: SISTEMA* giuridico latinoamericano. Brescia, Summer. p. 197-212.

ARARI, Y. N. 2018. *Homo deus*. Montevideo, Penguin Random House.

BARCAROLLO, Felipe. 2019. *Inteligência artificial e a gramática ético-jurídica da sociedade (pós)-humana*. Tese (Doutorado) - Universidad do Vale do Rio dos Sinos, Sao Leopoldo. Disponible en: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9035> Acceso: 16 set. 2020.

BENKLER, Y. 2006. *The wealth of networks. How social production transforms markets and freedom*. New Haven, Yale University Press.

BOSTOEN, F. 2018. Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation. *Internet Policy Review*, 7(1).

BOUCHARD, C.; LACOURSIERE, M. 2003. Les enjeux de la consommation en ligne. *Revue Générale de Droit*, 33(3):373–438. Disponible en: <https://doi.org/10.7202/1027421ar> Acceso en: 16 set. 2020.

BUSCH, C. 2019. Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy”, *In: M. CANTERO GAMITO; H-W. MICKLITZ, Hans-Wolfgang (eds.). The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar.

BUSCH, C. *et al.* 2016. The Rise of the Platform Economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, 5:1–72. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2754100>. Acceso en: 16 set. 2020..

CAUFFMAN, C.; SMITS, J. 2016. The sharing economy and the law. *Maastricht Journal*, 23(6):903-907.

CICERÓN, Marco Tulio, De officis.

COMISIÓN EUROPEA. 2016. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una agenda europea para la economía colaborativa*. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356>. Acceso em: 2024.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. 2017. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 1-9. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369>. Acceso en: 2024.

DE CORES DAMIANI, C. 2016. El impacto de la denominada economía colaborativa en el régimen jurídico de la responsabilidad civil. *Revista El Derecho*, 14(102).

DE FRANCESCHI, A. 2016. The adequacy of italian law for the platform economy. *Journal of European Consumer and Market Law*, 5(1):56-61.

DELFINI, F. 2014. Il commercio elettronico: inquadramento generale. *In: DIRITTO dell'informatica*. Torino, UTET, Torino.

DI GIOVANNI, F. 2017. Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali. *In: INTELLIGENZA artificiale e responsabilità*. Milano, Giuffrè, Milano.

CARVALHO, D.F. 2017. Protegendo os consumidores em mercados de plataformas de pares-OECD. *Revista de Direito do Consumidor*, 114.

FRANKL, V. 1990. *Psicoterapia y análisis existencial*. Barcelona, Herder.

- GITTI, G. 2018. Robotic transactional decisions. *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, (2):619-630.
- HANICH, C.M. 2016. Economia compartilhada e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 105:19-31.
- KARAIKOS, A. 2019. Liability of online platforms in Japan: an overview. *Zeitschrift für Japanisches Recht*, 24(48).
- KATZ, V. 2015. Regulating the sharing economy. *Berkeley Technology Law Journal*, 30(4).
- HARARI, Y. 2018. *Homo Deus*. Montevideo, Penguin Random House.
- LANGHANKE, C.; SCHMIDT-KESSEL, M. 2016. Consumer Data as Consideration. *Journal of European Consumer and Market Law*, 4(6):218-223.
- LESSIG, L. 2006. *Code: Version 2.0*. New York, Basic Books.
- MAK, V. 2016. Private law perspectives on platform services Airbnb. *Journal of European Consumer and Market Law*, 5(1):19-25.
- MARITAIN, J. 1943. *Una educación integral para un humanismo integral*. Disponible en http://www.jacquesmaritain.com/pdf/10_EDU/04_ED_EduHI.pdf. Acceso: en: 16 set. 2020.
- MARQUES, C.L. 2003. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40): arts. 1.º ao 74*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARQUES, C.L. 2017. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, 111:p. 247–268.
- MARTINELLI, S. 2018. L'autorità privata del provider. In: *I POTERI privati e il diritto della regolazione*. Roma, Tre-Press.
- MORIN, E. 1999. *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Paris, UNESCO.
- NIGROPONTE, N. 1995. *El mundo digital*. Barcelona, BarceEdiciones.
- PARLAMENTO EUROPEU. Comisión de Asuntos Jurídicos. 2017. *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))* Disponible em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html. Acceso: 2024.
- PERTOT, T. 2018. L'assicurazione auto con scatola nera: Sconti tariffari vs dati personali. *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, p. 529-546.
- ROPPO, V. 2001. Dieci anni chi sconvolsero il contratto. In: *IL CONTRATTO* en Trattato di diritto privato. Milano, Giuffrè.

RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES. 2016. Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. *Journal of European consumer and Market Law*, (5):164-169.

ROSEN, S. 1981. The economics of superstars. *The American Economic Review*, 71(5): 845-858.

RODRIGUEZ DE LAS HERAS, T. 2017. The legal autonomy of electronic platforms: a prior study to assess the need of a law of platforms in the EU. *The Italian Law Journal*, (1): 152-155.

REIDENBERG, J. 1998. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. *Texas Law Review*, 76(3).

ZUBOFF, S. 2021. *La era del capitalismo de la vigilancia*. Buenos Aires, Paidós.