

# Contratos inevitables + prosumidor + patrones oscuros = ¿prácticas abusivas digitales? (\*)



por MARCELO C. QUAGLIA (\*\*)



**Sumario:** I. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN Y LOS ENTORNOS DIGITALES COMO HERRAMIENTA DE ORDEN Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO. – II. LA CATEGORÍA DE CONTRATOS INEVITABLES. – III. LA FIGURA DEL PROSUMIDOR”. III.A) LA CONDICIÓN DEL PROSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL. – IV. PATRONES OSCUROS. – V. A MODO DE SÍNTESIS PARCIAL. – VI. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS. VI.A) RÉGIMEN DE TUTELA A LA PERSONA CONSUMIDORA: LAS LLAMADAS PRÁCTICAS ABUSIVAS. VI.B) RÉGIMEN DE TUTELA A LA PERSONA CONSUMIDORA: OTRAS DISPOSICIONES. VI.C) RÉGIMEN DE TUTELA A LA PERSONA CONSUMIDORA: EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR 2024. VI.D) EL PLURIJURIDISMO DEL RÉGIMEN DE CONSUMO. – VII. BREVES CONSIDERACIONES FINALES. – VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. La libertad de elección y los entornos digitales como herramienta de orden y funcionamiento del mercado

El art. 42 de la Constitución Nacional consagra en su primer párrafo los llamados derechos fundamentales de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUINAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278-25; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289-1500; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290-43; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROGUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291-471; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTO, ED, 296-1046; *El actuar de los “cazadores de ofertas” en la compraventa electrónica y la figura del abuso del derecho*, por JUAN IGNACIO CRUZ MATTERI, ED, 304-639; *Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico frente al consumidor*, por MARÍA EUGENIA D'ARCHIVIO, ED, 305-564; *Los entornos digitales y la figura del prosumidor*, por MARCELO QUAGLIA, *El Derecho Diario, Consumidor Digital*. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) El presente artículo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídica/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guinazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que lo acompañan.

(\*\*) Magíster en Derecho Empresarial (Facultad de Ciencias Empresariales - Universidad Austral, Argentina); Especialista en Derecho de Daños (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Director de la carrera de posgrado de Especialización en la Magistratura (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Profesor Titular de Derecho de los Contratos Parte General, Derecho de los Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Juez de Distrito Civil y Comercial en Rosario, Argentina. Instagram @marcelocarlosquaglia.

los consumidores, norma que es considerada como directamente operativa y de goce directo<sup>(1)</sup>.

En estas líneas, y sin perjuicio de la relevancia de los otros derechos enunciados, pretendemos focalizarnos en la “libertad de elección”. La protección de este derecho resulta en extremo relevante ya que su afectación puede ser generadora de graves consecuencias, no solo en el campo de la tutela de los derechos de los consumidores, sino también en el normal funcionamiento del mercado y, por tanto, de la economía.

Y es que, dentro del espectro de tutela al consumidor deben procurarse que este arribe a decisiones libres e informadas, buscando de tal manera orientar al mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos. Es de esta forma como debe funcionar el llamado principio de Soberanía del Consumidor<sup>(2)</sup>.

Ahora bien, naturalmente las decisiones de consumo no son tomadas de manera aleatoria<sup>(3)</sup> o con independencia de factores externos (entre los cuales se evidencia como uno de los preponderantes la información que brinda el proveedor)<sup>(4)</sup>; advirtiéndose usualmente ciertas conductas que, en muchas ocasiones, procuran incidir en la voluntad de ese consumidor, llegando hasta el extremo de imponerle la realización de determinados actos.

Entendemos que, en el marco de los entornos digitales<sup>(5)</sup>, estas prácticas pueden llegar a agravarse imponiendo o sugiriendo (de manera forzosa o imperativa –aun a través de supuestos estímulos o premios<sup>(6)</sup>–) la realización de determinados comportamientos o la celebración de ciertos contratos sin el ejercicio pleno esa libertad de elección a la que hacemos referencia.

De esta manera, no solo se ve afectada la libertad contractual (entendida como facultad de debatir y acordar el contenido del contrato), sino también la libertad de con-

(1) STIGLITZ, Gabriel; en “Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*. Tomo I, Stiglitz - Hernández (directores), La Ley, Bs. As, 2015, pág. 309.

(2) El Principio de Soberanía del Consumidor se encuentra reconocido, por ejemplo, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor de 2010 de Perú (ley 29.571).

En nuestro derecho la Res. MERCOSUR 36/2019 (internalizada a través de la Res. SCI 310/2020), si bien detalla los principios del derecho de consumo, no enuncia el referido entre los que enumera. Ello no es óbice para su reconocimiento dado que la norma es meramente enunciativa (SAHLÁN, José H.; “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY del 26/12/2017 –t. 2018-A–, pág. 1, y QUAGLIA, Marcelo C. y MUTI- LIENGO, Ma. Victoria; “Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista *El Derecho* en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254) a lo que se adiciona que otros principios reconocidos se complementan y replican con el señalado (tales como el principio de transparencia de los mercados, el de respeto de la dignidad de la persona humana, de buena fe y de información, entre otros) como se verá durante el desarrollo de estas líneas.

(3) Si bien el derecho considera que las decisiones de los consumidores son razonadas y lógicas se ha evidenciado que muchas veces ello no se condice con la realidad (se recomienda al respecto consultar, entre otros, SHINA, Fernando E.; “Derecho y neurociencias. El futuro que ya empezó hace décadas. Un elogio al oximoron jurídico”, 19 de Septiembre de 2019, [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), Id SAJ: DACF190158 y KAHNEMAN, Daniel; “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Debate, Bs. As., 2022).

(4) Así lo destacan OLANO RODRÍGUEZ, Karina Leticia y LOAIZA TAPIA, José Sebastián en “‘Dark comercial patterns’ o ‘Patrones comerciales oscuros’ en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor” en *Revista de Actualidad Mercantil* Nro. 8, e-ISSN: 2523-2851, pág. 60.

(5) El constante desarrollo de la tecnología ha introducido en nuestras vidas nuevas formas y maneras de desarrollarnos e interactuar, evidenciando importantes cambios sociales. Así, hoy muchas veces (y especialmente luego de transitada la pandemia y el aislamiento mundial que hemos vivido), la vida se ha trasladado a un lugar diferente, donde estudiamos, nos reunimos con familiares, hacemos sesiones de terapia y/o festejamos cumpleaños, a través de Entornos Digitales (BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The MIT Press, 2021).

(6) Hablamos de la suma de puntos, obtención de descuentos, acceso a sorteos y otros beneficios sujetos a la condición de la utilización de ciertas aplicaciones, formas de pago, etc.

tratar (considerada como la posibilidad de determinar si quiero, o no, celebrar dicho contrato), trasponiendo a la persona de sujeto a objeto del mercado digital.

Ante tal situación debe interpretarse que nos encontramos en presencia de una práctica abusiva, lesiva justamente del trato digno y equitativo que demanda y debe brindarse a la persona en el marco de las relaciones de consumo; así como una vulneración del Principio de Equiparación de Derechos (Res. MERCOSUR 36/2019 –internalizada en nuestro derecho por Res. SCI 310/2020–, que no es más que una consecuencia del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y requiere un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio<sup>(7)</sup>.

Al referirnos a prácticas, evidentemente, la cuestión no se circunscribe a un acto o conducta en particular, sino a una conjunción de factores (generados por el proveedor digital) y que pueden acumularse en un solo caso o presentarse “supuestamente” en forma aislada, pero que conllevan como resultado a las vulneraciones enunciadas. Así, podemos enunciar (sin ánimo de taxatividad alguna) a tres herramientas que se presentan diariamente en los entornos digitales, muchas veces procurando el quebrantamiento de las garantías enunciadas: la categoría de los contratos inevitables, la figura del prosumidor y los llamados patrones oscuros, dark patterns o evil nudgets.

Procuraremos efectuar un breve análisis de cada una de ellas...

## II. La categoría de contratos inevitables

Actualmente la persona humana se desenvuelve básicamente en tres entornos: el natural, el artificial y el digital<sup>(8)</sup>, los cuales se entremezclan y generan una única realidad que los configura.

En dicho contexto, y como señala con buen tino Álvarez Larrondo, el mundo virtual ya se ha instaurado entre nosotros (de allí que hoy se hable de “entorno digital”)<sup>(9)</sup> y, como destaca el autor citado, quien se niegue a (o no pueda)<sup>(10)</sup> acceder al mismo, quedará afuera del futuro<sup>(11)</sup>. En efecto, hoy muchos vínculos sociales, y la actividad negocial o laboral, se desarrollan virtualmente.

Ahora bien, usualmente, para poder ingresar en estos entornos virtuales (y permanecer en ellos) el usuario digital se ve forzado a celebrar acuerdos, convenios y/o contratos masivos y por adhesión en los que, en razón de la particularidad de estos esquemas de negocio (ya que el supuesto ofrecimiento gratuito de servicios que brindan muchas plataformas o aplicaciones no es tal)<sup>(12)</sup> se da, como destaca Álvarez Larrondo, en la circunstancia de que el no aceptar las reglas impuestas por el proveedor digital implica quedar fuera del entorno, convirtiéndose en un “analfabeto digital”, con las consecuencias que ello conlleva (no solo en lo digital, sino también en los demás entornos –natural y artificial–)<sup>(13)</sup>.

Es de esta forma como nos vemos forzados a celebrar lo que califica el autor como “contratos inevitables”, entendiéndolos como una instancia superadora del ya conocido “contrato forzoso” (donde primaban razones de interés general para limitar la autonomía de la voluntad)<sup>(14)</sup>.

(7) Conforme determinan las normas de soft law de la Directriz I, núm. 63 de las Directrices de la ONU para la Protección del Consumidor.

(8) Para ampliar estos conceptos se sugiere la charla TED “Oxígeno digital” de Pablo J. Boczkowski <https://www.youtube.com/watch?v=AgZzDFkE9x0>.

(9) BOCHKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The MIT Press, 2021.

(10) Nos permitimos agregar.

(11) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘virtual’”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

(12) Al respecto pueden consultarse, entre otros, SIBILIA, Paula; “La intimidad como espectáculo”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2017, 1º ed., 4º reimpr.; ZUBOFF, Shoshana; “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paidós, Buenos Aires, 2021 y DANESI, Cecilia; “El imperio de los algoritmos”, Editorial Galerna, Bs. As., 2022, ISBN 9789505569045.

(13) Así, por ejemplo, muchas veces riesgos propios de los entornos naturales o artificiales son advertidos o informados a través de medios digitales (congestiones de tránsito, cataclismos naturales, etc.), pudiendo verse afectado por ellos quien no acceda a los medios digitales (por voluntad propia o imposibilidad material).

(14) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘vir-

Así, para poder continuar desarrollándonos en la sociedad digital debemos “pagar el peaje” de consentir farragosos términos y condiciones que muchas veces no leemos o ni siquiera llegamos a comprender cabalmente<sup>(15)</sup> (entregando nuestros datos –a veces biométricos–<sup>(16)</sup> gratuitamente, autorizando funciones de nuestros dispositivos que en principio no queríamos activar, etc.).

De esta manera, y sin pretender llegar a la solución extrema que propone el autor creador de esta categoría (que propugna directamente que dichos contratos le sean inoponibles al usuario digital)<sup>(17)</sup>, entendemos que el efecto vinculante de estos acuerdos debe sopesarse prudentemente, ponderando el estado de necesidad, ligereza e inexperiencia que el usuario digital detenta frente al proveedor y la información a la que efectivamente pudo acceder (o comprender) al celebrarlos, analizando cautamente sus términos, definiendo o redefiniendo el alcance de lo pactado y hasta integrando su contenido a través de la labor jurisdiccional (conforme consagra el art. 38 *in fine* LDC)<sup>(18)</sup>.

Tal, proponemos, es al menos el primer paso que debe darse a fin de responder a estas nuevas realidades.

## III. La figura del “prosumidor”<sup>(19)</sup>

Ahora bien, ya hemos destacado que usualmente estas técnicas no se plantean de forma individual, sino que se adicionan o acumulan a otras conductas tendientes a procurar similares resultados. En esta línea, es usual que el contexto de contratos inevitables se vea agravado por otros factores, por ejemplo la imposición de determinadas conductas a cargo del consumidor digital que lo expongan a mayores riesgos o perjuicios (el prosumidor) y la incentivación a llevar a cabo determinados actos que, generalmente, no le resultan beneficiosos (los patrones oscuros).

Continuaremos el desarrollo con el análisis del prosumidor. El término es un acrónimo formado por la fusión de las palabras productor (o profesional o proveedor) y consumidor<sup>(20)</sup>, y si bien es pasible de más de un significado<sup>(21)</sup>, en el presente referiremos a él como un consu-

midor”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

(15) Entre otros puede consultarse, con relación a la obligación de informar en los entornos digitales FRÚGOLI, Martín A.; en “Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)”, [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), Id SAIJ: DACF210109; SHINA, Fernando E.; “Las neurociencias y la información: una mirada distinta del deber de informar”, 27 de septiembre de 2021, [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), Id SAIJ: DACF210166; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “El Deber de Información frente a las Decisiones “No Racionales” del Consumidor”, Bs. As., La Ley, 2024, y MÜLER, Germán; “Hacia el deber de asesoramiento a la persona consumidora”, RCCyC Año IX, Número 5, octubre 2023, pág. 58 y ss.

(16) QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0 de la persona consumidora”, Sup. Innovación y Derecho 2024 (abril), 1, LA LEY 2024-B, TR LALEY AR/DOC/822/2024.

(17) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘virtual’”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

(18) “Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”. De tal manera, si bien el actual art. 960 del CCyC, a través de la modificación formulada por el DNU 70/2023, aparentemente no confiere facultades a los jueces para modificar las estipulaciones de los contratos (excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley), el texto de la LDC sortea dicho impedimento.

(19) Para desarrollar este concepto puede consultarse QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, publicada en RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54 y “Los entornos digitales y la figura del prosumidor”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-255.

(20) <https://www.fundev.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>.

Alvin TOFFLER acuña la denominación en su obra “La Tercera Ola”, Plaza y Janés Editores, 1995 y, si bien la edición original en inglés es de 1980, ya había referido al fenómeno con anterioridad (“El shock del futuro”, Plaza y Janés Editores, 1973 –edición original en inglés de 1970–).

(21) El término admite diversas acepciones, tales como “un consumidor que participa en el proceso de diseño de los servicios o productos consumidos y que ha encontrado en el mercado digital el ambiente perfecto para desarrollarse. Además, es aquel que puede emitir una opinión sobre tu empresa en la red e influenciar positiva o negativamente a otras personas de acuerdo con su experiencia con tu marca” (<https://www.zendesk.com.mx/blog/que-es-prosumidor/>) o persona que actúa fuera del marco profesional, aunque volcando al mercado lo que le excede o no consume [GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases”, en GOZÁL-

midor que realiza una actividad que agrega valor al bien o al servicio que recibe, valor que no conlleva per se una transacción monetaria pero que, usualmente, implica un ahorro de costos de producción o de recursos que el proveedor debía brindar. El fenómeno se evidencia tanto en el mercado analógico como en el digital<sup>(22)</sup>.

De esta forma, a través de la figura del prosumidor, el proveedor delega o terceriza en el consumidor tareas propias e inherentes al servicio que presta o el bien que comercializa. Así, actividades que otrora llevaba a cabo el profesional especializado hoy son desarrolladas por un profano, usualmente sin la debida capacitación a los fines de desarrollarlas.

Ahora bien, la figura se evidencia como una herramienta especialmente útil en el contexto de los mercados digitales, sin embargo, como herramienta, puede resultar necesario en determinadas situaciones adaptarla a un uso adecuado o reencazarla a fin de arribar a una solución justa ante el potencial o concreto conflicto que se genere.

Como beneficios pueden enunciarse, entre otros, el ahorro que genera para el proveedor (especialmente si el mismo es trasladado al consumidor) y la mejora que implica en la inmediatez y la celeridad con que recibe ciertos servicios (tal es la situación que se evidencia en la atención remota de ciertos servicios técnicos, ya que muchas veces le resulta dificultoso al proveedor llegar a determinados lugares, o el consumidor debe solicitar turnos y luego padecer esperas, todo lo cual se subsana con un llamado o un chat que lo asista).

Sin perjuicio de ello, el traslado de determinadas acciones al ámbito de un neófito en la materia puede implicar el incremento de errores o la generación de mayores inconvenientes en la operación que se desarrolle, simplemente debido a la inexperiencia del usuario devenido en proveedor (o al menos en colaborador de éste).

### III.a) La condición del prosumidor en el entorno digital

Entendemos que el prosumidor, a pesar de las actividades que se le imponen, no pierde su calidad de consumidor.

De tal manera, a la vulnerabilidad propia de toda relación de consumo (vulnerabilidad genética)<sup>(23)</sup>, condición que cuenta hoy con un expreso reconocimiento normativo<sup>(24)</sup>, se adicionan otros factores o elementos que incrementan o agravan dicha vulnerabilidad (vulnerabilidades funcionales).

En el caso en análisis, las vulnerabilidades funcionales que se configuran son: a) la utilización de entornos digitales<sup>(25)</sup> (recordemos que para parte de la doctrina la condición de consumidor digital implica per se la calidad de consumidor en situación vulnerable y de desventaja

—antes denominado hipervulnerable<sup>(26)</sup>), muchas veces calificados como cosas o servicios riesgosos o peligrosos<sup>(27)</sup>, y b) la condición de prosumidor (asumiendo un rol —a veces hasta preponderante y para el cual usualmente no se lo ha calificado o instruido— dentro de la cadena de valor). En tal sentido la jurisprudencia ya se ha expedido reseñando que, “cuando el consumidor digital asume la calidad de prosumidor, incorpora otra condición de vulnerabilidad”<sup>(28)</sup>.

Ante dichas situaciones, se evidencia claramente un agravamiento en la vulnerabilidad del prosumidor, situación que muchas veces es aprovechada por los proveedores, imponiendo determinadas conductas (como ya hemos señalado) o estimulando su realización a través de incentivos que terminan constituyéndose en herramientas de manipulación de la persona inmersa en el referido entorno digital.

De esta forma, el agravamiento de la vulnerabilidad genética del consumidor a través de la imposición de determinadas vulnerabilidades funcionales conlleva a calificar a ese sujeto (prosumidor) como consumidor en situación vulnerable y de desventaja o hipervulnerable<sup>(29)</sup>.

Volvemos así a la tesitura de origen: el sujeto pasa a ser objeto, atentándose contra su dignidad a través de la utilización indebida de herramientas que terminan constituyéndose más bien en prácticas abusivas por parte de los proveedores.

Siguiendo esta lógica la Comisión N° 5 de Derecho del Consumidor de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (desarrolladas en Mendoza en el año 2022) se ha expedido de manera unánime imponiendo los riesgos y la responsabilidad por el uso de entornos digitales, en cabeza de los proveedores<sup>(30)</sup>. Y, expresamente, en la Comisión N° 3 de Derecho de Daños de las mismas Jornadas se entendió que, en la medida en que el proveedor delega tareas y funciones al consumidor (o prosumidor), se presume su responsabilidad<sup>(31)</sup>.

De esta manera, a la imposición forzosa (desde una óptica fáctica) a la celebración de determinados contratos (los llamados contratos inevitables), se adiciona la (también forzosa) delegación de funciones o tareas que se coloquen en cabeza del consumidor, agravando así su vulnerabilidad con el agregado de pretender (por parte del proveedor) desconocer o trasladar en cabeza del consumidor, las consecuencias dañosas de dicho proceder, inconducta que no puede admitirse.

(26) MENDIETA, Ezequiel; “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo ‘Despegar.com.ar S.A. c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor’”, Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100.

(27) De tal manera, se ha aseverado que un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de forma remota es naturalmente una cosa riesgosa, circunstancia que impone una diligencia aun mayor por parte del proveedor que sugiere (o impone) al consumidor operar a través de estos medios (CNCom., sala A, “Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, Id SAJ: FA08971926).

(28) CCyC de Sta. Fe, sala I, 26/03/2024 (NBSF S.A. c/ Sec. de Ccio. Interior de Sta. Fe y NBER c/ SCISF).

(29) Sin pretender ahondar en el concepto de consumidor en situación vulnerable y de desventaja (que ha sido tratado por numerosas y mejores voces), cabe considerarse que es calificado como tal el sujeto (consumidor) cuya situación de vulnerabilidad se ve acentuada o incrementada debido a su condición o particular situación de hecho o derecho, supuesto que claramente se condice con el del prosumidor que interactúa en “Entornos Digitales”.

Determina la Disposición 137/2024 SSDCYLC en su art. 1 que “se considera consumidor en situación vulnerable y de desventaja a toda persona humana que en atención a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales sea, o pueda ser en forma inminente, pasible de cualquier afectación a sus derechos como consumidor en razón de su particular condición”.

(30) “2. Proyección y Relevancia de los Principios Generales en la Protección del Consumidor en Entornos Digitales:

2.5. En virtud del principio protectorio, el art. 1107 in fine del CCCN debe ser interpretado en el sentido de que quien asume los riesgos de la utilización del medio electrónico no puede ser otro que el proveedor, que es quien ha generado el riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza”.

(31) “B. Prevención y Contratos:

8. TUTELA PREVENTIVA Y RELACIONES DE CONSUMO. La pandemia generó una ampliación de la contratación a través de plataformas digitales. En ese contexto, corresponde resaltar que en la medida que el proveedor delega tareas y funciones al consumidor (o prosumidor) se presume su responsabilidad”.

BEZ PEQUEÑO, Humberto [dir.], Régimen jurídico del consumo colaborativo, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 74).

(22) Baste como ejemplo de la situación reseñada la adquisición de muebles cuyo armado se traslada al comprador. Imponer esa tarea al consumidor (hoy prosumidor), no solo permite un packaging más económico, sino que además excluye de la cadena de comercialización a una persona (a cargo del proveedor) que los arme para entregarlos (o, en su defecto, brindar a esa persona a un mayor costo).

El contexto de los entornos digitales varias veces pueden evidenciarse situaciones que conlleven a que el consumidor pase a desempeñar el rol de prosumidor: numerosos servicios técnicos que asisten al propio consumidor de manera remota, siendo este quien debe solucionar inconvenientes puntuales de sus computadoras personales, televisores inteligentes o celulares; al contratar en forma virtual un viaje, donde las funciones que antes debía desplegar el agente de viajes hoy son asumidas por el adquirente del servicio: es este quien debe completar sus datos para volcarlos en pasajes, controlar las exigencias de ingreso al país al que pretende ir, o en el caso de la pandemia, la documentación que se solicitará para trasladarse de una provincia a otra; las operaciones de homebanking que antes se efectuaban a través de un cajero humano; etc.

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

(24) Así lo determina la Res. 36/2019 Mercosur (art. 1), ratificada en nuestro derecho interno por la Res. 310/2020 SCI.

(25) Así lo destaca BAROCELLI, Sergio Sebastián en “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales” en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII, Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, pág. 7.

#### IV. Patrones oscuros

Resta, entonces, referir a los llamados patrones oscuros<sup>(32)</sup>.

La denominación “patrones oscuros” o “dark patterns” (también denominados “evil nudgets”) fue desarrollada por Harry Brignull en el año 2010, refiriendo a estrategias que desarrollan los sitios web o aplicaciones con el objetivo de llevar al usuario a realizar una acción que, en un principio, no tenía pensado hacer y que, usualmente, no lo favorece.

Conforme los define la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su publicación de octubre de 2022 denominada “Dark Commercial Patterns”<sup>(33)</sup>, puede caracterizárselos como “prácticas comerciales que emplean elementos de la arquitectura de elección digital, en particular en interfaces de usuario en línea, que subvierten o perjudican la autonomía, la toma de decisiones o la capacidad de elección del consumidor. A menudo engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y es probable que causen un perjuicio directo o indirecto al consumidor de diversas maneras, aunque puede ser difícil o imposible medir dicho perjuicio en muchos casos”<sup>(34)</sup>.

Referimos así a una amplia variedad de prácticas, usualmente contenidas en plataformas, aplicaciones, juegos u otras interfaces de usuario en línea que llevan al consumidor a tomar decisiones que pueden no ser las más convenientes, incluso explotando sus prejuicios o sesgos. El documento de la OCDE citado, enuncia como supuestos más frecuentes aquellos que implican enmarcar (pre-seleccionar opciones por defecto o darles prioridad visual, ocultar información o disfrazar anuncios); crear una sensación de urgencia (mediante indicaciones de escasez potencialmente engañosas); generar una prueba social (mediante indicaciones de popularidad potencialmente engañosas); forzar el registro o la revelación de información; insistir para que se tome una decisión; o dificultar la cancelación o la exclusión voluntaria<sup>(35)</sup>.

Es usual que a través de estas prácticas se busque (y se consiga) que el usuario abone más dinero del que pensaba, brinde datos personales o entregue más tiempo de atención del deseado.

Harry Brignull creó una página (<https://www.deceptive.design/>) con información vinculada a la cuestión (y que recomendamos consultar) donde hay referencias a varios casos jurisprudenciales y normas de derecho comparado vinculados a la temática. En dicho sitio se ha creado un “Salón de la Vergüenza” (Hall of Shame) donde pueden denunciarse supuestos de patrones oscuros (a la fecha, el “podio” está encabezado por Google –con 27 patrones oscuros–, Amazon –23– y Facebook –22–)<sup>(36)</sup>.

En la misma línea, Brignull ha desarrollado una página referida a los patrones oscuros contenidos en videojuegos (<https://www.darkpattern.games/>), cuestión de evidentemente mayor sensibilidad ya que en este caso dichos patrones están dirigidos usualmente a los niños, niñas o adolescentes, sujetos que claramente debemos calificar como consumidores en situación vulnerable y de desventaja o hipervulnerables<sup>(37)</sup>.

Destaca con acierto Frustagli<sup>(38)</sup> que los patrones oscuros afectan la autonomía del consumidor, la toma de deci-

siones libres e informadas. Ello, evidentemente (continúa la autora) contraría el derecho fundamental a la libertad de elección (art. 42, CN), y contradice la prohibición general del artículo 1099 del Código Civil y Comercial.

#### V. A modo de síntesis parcial

Finalizamos así la enunciación y el análisis de las herramientas digitales que hemos seleccionado para evidenciar como supuestos que pueden incidir, usualmente en forma negativa, en la libertad de elección del consumidor.

Y, si bien no hay nada nuevo bajo el sol y varias de estas figuras ya se evidenciaban en los entornos analógicos, su utilización en el ámbito digital adquiere otros ribetes, dado el alcance que desarrollan y la vulnerabilidad que ostenta el destinatario de ellas. Es por ello que consideramos necesario que los operadores jurídicos adviertan estas situaciones (como ya se está evidenciando<sup>(39)</sup>), y procuren a través de las herramientas que el sistema jurídico nos brinda, y las que eventualmente se desarrollen en el futuro<sup>(40)</sup>, intentar arribar a soluciones justas que tutelen al consumidor digital.

Recordamos que en las presentes líneas solo hemos referido a una mera enunciación de supuestos ya que prácticamente en forma diaria se generan nuevos medios, modos o sistemas que pretenden captar el interés del consumidor digital a fin de incidir en su decisión, ello conforme se estructura cada esquema negocial digital. Asimismo, cabe la posibilidad de que el proveedor recurra a una sola de estas herramientas o, en su caso, formule un desarrollo donde ellas interactúen y se vinculen entre sí (quizás retroalimentándose) a los fines de incidir en la decisión final del usuario digital.

Asimismo, es necesario reiterar que referimos a herramientas que, a través de un uso adecuado o razonable pueden llevarnos a resultados positivos<sup>(41)</sup>, sin embargo, a través de estas líneas queremos evidenciar que, a veces, su uso inadecuado o inapropiado, genera perjuicios (patrimoniales o extrapatrimoniales) o pretende trasladar (inapropiadamente) riesgos y/o eximirse de responsabilidad.

¿Qué soluciones puede brindarnos el sistema jurídico argentino ante este tipo de situaciones?

#### VI. Posibles soluciones jurídicas

Cabe, en primer lugar, destacar que nuestro régimen normativo no contiene referencia expresa o recepción de ninguno de los fenómenos reseñados, sin embargo (y como ya hemos destacado), la consagración a nivel constitucional del derecho a la libertad de elección de consumidor como operativo y de goce directo nos permite, a través de su tutela, aplicar diversas soluciones que contengan y/o reencaucen las inconductas de los proveedores digitales.

Es así como se advierte la configuración de una serie de disposiciones y regulaciones tendientes a ratificar la protección de este derecho, junto con la enunciación de

Revista de Derecho del Consumidor - Número 17 -, 19/11/2024, Cita: IJ-VCMMX-372.

(39) Refiere Frustagli, en el trabajo ya citado (Cita: IJ-VCMMX-372) a dos sentencias de nuestro país donde se evidencian ya referencias a los dark patterns.

En una, se analiza la existencia de imprecisiones, vaguedad y contradicciones en la página web del proveedor son susceptibles de hacer incurrir a la persona consumidora en un error en orden a la verdadera entidad económica de la compra (Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 1º, en autos “Berrondo Lion, Valeria Elisa c/ Booking.com Argentina S.R.L.”, del 4 de julio de 2024).

En la otra se ponderó el diseño de un mecanismo malicioso a través de una plataforma de página web que mediante engaño al consumidor ofrecía un producto a un precio para luego convertirlo en otro mayor, lo que llevó a la imposición de daños punitivos (Juzg. CyC Nº 2 de La Plata, en autos “Ciglia Lelli, Lorena Natalia vs. Falabella S.A.s. Cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, 02/07/2021; Rubinzal Online; RC J 4598/21).

(40) En tal sentido, analizaremos infra el interesante Anteproyecto del Código de Defensa del Consumidor 2024 recientemente presentado.

(41) La existencia de contratos inevitables no se presenta per se como un elemento negativo. Lo mismo sucede con la figura del promisor. Respecto a los patrones oscuros la situación es diversa ya que si bien los mismos detentan una connotación negativa no son sino impulsos o “empujones” (nudgets) que incitan a efectuar una conducta específica; cuando la conducta a la que tienden es positiva, evidentemente no pueden calificarse como perniciosos (por ej., la calidad de donantes de órganos por el mero hecho de no manifestar la voluntad) (SÁNCHEZ MORALES, Carlos y GARCÍA FLORES, Julián Rubén; “La teoría del empujoncito: nudgets saludables”, en Gaceta, Revista de la Universidad Abierta y a Distancia de México, edición de julio-septiembre 2023; <https://gaceta.unadmexico.mx/categorias-todas/97-2023/julio-septiembre-2023/salud/2111-la-teoria-del-empujoncito-nudges-saludables>).

(32) Cuestión tratada en QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0 de la persona consumidora”, Sup. Innovación y Derecho 2024 (abril), 1, LA LEY 2024-B, TR LALEY AR/DOC/822/2024.

(33) OCDE (2022), “Patrones comerciales oscuros”, OECD Digital Economy Papers, N° 336, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>.

(34) Traducción realizada con la versión gratuita del traductor de IA DeepL.com.

(35) Traducción realizada con la versión gratuita del traductor de IA DeepL.com.

(36) <https://www.deceptive.design/hall-of-shame>

(37) Con relación a esta cuestión se recomienda consultar el excelente trabajo de ROJO, Martina; “Novedades de la protección del consumidor en EE. UU.: el caso Fortnite y los dark patterns”, en Revista de Derecho del Consumidor, Edición Especial - XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, IJ Editores, 11/09/2023, Cita: IJ-VDCCCXXI-442.

El opúsculo refiere al acuerdo que aceptó la empresa “Epic Games” (desarrolladora del mundialmente conocido juego en línea “Fornite”) con la Federal Trade Commission de los EE. UU., abonando una compensación de \$ 245 millones de dólares con más una multa de \$ 275 millones de dólares (por violación de la Ley de Protección de Privacidad para Niños), atento haber utilizado dark patterns para inducir a los jugadores a efectuar compras no deseadas y dificultando o imposibilitando la cancelación de los cargos generados y, naturalmente, cesando en su inconducta.

(38) FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”,

principios y disposiciones amplias y elásticas que pueden invocarse y utilizarse ante el uso inadecuado de estas herramientas.

En este sentido, la ausencia de una norma expresa en este campo no necesariamente debe ser considerada como un aspecto negativo de la regulación ya que usualmente, y en razón de la celeridad con que se producen los avances tecnológicos, si se procura una norma específica para el supuesto de hecho configurado, probablemente la solución llegue tarde.

Conforme lo expuesto, una regulación elástica y fácilmente adaptable al caso concreto, a través de la enunciación y reconocimiento de ciertos principios en la materia (contenidos en la norma positiva o no)<sup>(42)</sup>, concreta un diseño normativo dinámico, no solo en sintonía con el mercado y los avances tecnológicos, sino también útil para el operador jurídico, al contar con “normas abiertas” para abordar en concreto la realidad del caso. Ello además recepta la motivación que inspirara el cambio de paradigma propuesto por el CCyC: el diálogo de fuentes, enfatizado en la relevancia que reciben los derechos humanos, como lo demuestra la recepción (en relacionamiento con la tutela de la persona consumidora) de la protección especial para situaciones de vulnerabilidad agravada, el respeto de la dignidad de la persona humana, el principio antidiscriminatorio y particularmente, el principio de progresividad y no regresión<sup>(43)</sup>.

De tal forma, tanto en el marco de las normas de tutela a la persona consumidora como fuera de dicho régimen (o integrado con este) puede advertirse la presencia de diversas herramientas que auxiliarán al operador jurídico para tutelar los derechos eventualmente en crisis.

Y, si bien el tema se incluye, como tantos otros, en uno más amplio, desde que son situaciones irregulares que pueden ser miradas bajo el prisma de la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, etc.<sup>(44)</sup>; entre estos grandes principios generales del derecho y la regla específica del caso concreto, podemos encontrar algunos institutos o normas que entendemos dan una solución adecuada al planteo. Procuraremos enunciar algunas de ellas.

#### *VI.a) Régimen de tutela a la persona consumidora: las llamadas prácticas abusivas*

Como ya hemos reseñado, el uso inapropiado de las herramientas analizadas traslada a la persona del lugar de sujeto del mercado al de objeto, incumpléndose así con la obligación de trato digno y equitativo que la propia constitución también demanda en el referido artículo 42.

Como señala Chamatropulos<sup>(45)</sup>, cuando esta serie de conductas reprochables se “institucionalizan”, prolongándose en el tiempo y formando parte del modus operandi de una compañía, pasan a transformarse en prácticas comerciales ilegales o abusivas

Afirma en similar sentido Wajntraub (con acertado criterio) que dichas prácticas afectan los aspectos más sensibles de las personas, quienes tienen una clara protección de jerarquía constitucional, evidenciando una amplitud de legitimados activos, a través de la conjunción del art. 8 bis de la LDC con los arts. 1096 a 1099 del CCyC<sup>(46)</sup>.

Asimismo, es necesario integrar dichas normas, junto al art. 42 de la CN ya citado, en diálogo con los arts. 51 (que determina la inviolabilidad de la persona humana y su reconocimiento y respeto de su dignidad) y 52 (que consagra el derecho a la prevención y reparación de daños frente a las afectaciones o lesiones a la dignidad personal de la persona humana) del CCyC<sup>(47)</sup>. De tal forma, también corresponderá (como lo hace el art. 8 bis, LDC),

(42) Ver cita Nro. 3.

(43) QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; “Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254.

(44) Así lo destaca KEMEIMAJER de CARLUCCI, Aída; “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237. Cita Online: AR/DOC/392/2015.

(45) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “Estatuto del Consumidor Comentado. Tomo 1”, Ed. La Ley, Bs. As., comentario al art. 8 bis.

(46) WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

(47) Así lo destaca FALERO, Johanna C. en “Pregunta frecuente ¿Qué son las ‘prácticas abusivas’?”, MJ-DOC-17215-AR | MJ17215.

considerar la eventual aplicación de daños punitivos, dada la función preventiva que tiene dicho instituto (y sin perjuicio de la posibilidad de que el mandato judicial emita, más allá de la imposición de la sanción, mandatos preventivos)<sup>(48)</sup>.

#### *VI.b) Régimen de tutela a la persona consumidora: otras disposiciones*

Integrando la solución reseñada cabe ponderar que usualmente, a través de las prácticas enunciadas, se omite información relevante o se genera un cúmulo de datos donde la información efectivamente necesaria se termina diluyendo entre los datos y referencias acompañados (el fenómeno de la llamada sobreinformación), afectando de tal forma (nuevamente) los arts. 42 de la CN; 4 de la LDC, y 1100, del CCyC.

Y es que, entre las numerosas funciones que cumple la obligación de informar, una de las más relevantes radica en lograr que el consumidor emita un consentimiento pleno y válido, dotado del necesario discernimiento, intención y libertad<sup>(49)</sup>.

Ante estas situaciones, y sin perjuicio de recurrirse a las soluciones enunciadas, podemos (como destaca Wajntraub<sup>(50)</sup>) recurrir al art. 37 in fine de la LDC, planteando que, ante la violación de la obligación de informar o de la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial, procede la nulidad del contrato o de la cláusula que se impugna.

Asimismo, siguiendo al autor citado, también puede destacarse la Res. SCI 994/2021 que, dentro de las cláusulas abusivas que prohíbe, incluye colar en la canasta productos adicionales, presumir el consentimiento cuando los consumidores navegan en los sitios web de los proveedores o limitar el derecho de resolver el contrato<sup>(51)</sup>, entre otras opciones.

#### *VI.c) Régimen de tutela a la persona consumidora: el Anteproyecto del Código de Defensa del Consumidor 2024*

Resulta interesante, en este punto, detenernos brevemente en el reciente Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor 2024<sup>(52)</sup>, disposición que si bien no es texto normativo vigente puede invocarse como argumento de autoridad dado que recoge la fecunda labor de la doctrina, conforme ya ha reseñado nuestra jurisprudencia<sup>(53)</sup>.

En la materia que nos convoca resulta relevante destacar que, con gran acierto, junto con la enunciación de una serie de principios propios del régimen de tutela de la persona consumidora, en su art. 3 el texto proyectado incorpora un detalle (meramente enunciativo) de principios destinados a regir las relaciones de consumo en entornos digitales: a) neutralidad tecnológica, fiabilidad e inclusión; b) protección acentuada frente a las nuevas tecnologías (en especial datos personales, inteligencia artificial y contratos autoejecutables); c) de transparencia digital y; d) de no ser destinatario de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos personales.

(48) Como destaca FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”, Revista de Derecho del Consumidor - Número 17, 19/11/2024, Cita: IJ-V-CMXX-372; al comentar el acuerdo de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 1º, en autos “Berrondo Lion, Valeria Elisa c/ Booking.com Argentina S.R.L.”, del 4 de julio de 2024.

(49) QUAGLIA, Marcelo y RASCHELLI, Franco; “La obligación de informar en el ámbito de las relaciones de consumo. Alcances y extensión (ámbito objetivo y subjetivo)”, SJA 20/05/2020, 15. JA 2020-II, 389.

(50) WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

(51) WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

(52) El texto elaborado ha sido materia de análisis y tratamiento por gran parte de la comunidad jurídica y, como lo señala su nota de presentación “cierra el proceso iniciado en el bienio 2017/2018, cuya apertura correspondiera al ‘Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor’, elaborado por esta misma ‘Comisión Reformadora’”.

A partir de allí numerosos operadores jurídicos e instituciones han formulado aportes y sugerencias de mejoras que fueron tomados por la Comisión Reformadora de la Ley de Defensa del Consumidor y el Consejo Consultivo constituidos por la Resolución N° 80/2024 de la Secretaría de Industria y Comercio (de esta manera en el actual anteproyecto se refleja un trabajo y *aggiornamento* de ya más de 6 años en la materia de toda la comunidad jurídica del país).

(53) CSJ de Tucumán, 14/08/2019, “Asociación Mutual Asis c/ Cubilla”.

Reflejo de la consagración de dichos principios se evidencia, por ejemplo, en el art. 26, donde se enuncia con un mayor detalle las llamadas prácticas abusivas, y en el art. 75 que reconoce y garantiza a los consumidores en el entorno digital un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en las relaciones de consumo entre presentes. Asimismo, puede enunciar una precisa regulación de la publicidad en entornos digitales (arts. 40 a 42), la intermediación en entornos digitales (art. 77 y ss.) y la sobreinformación (art. 18), entre otros aspectos.

#### VI.d) El plurijuridismo del régimen de consumo

Finalmente, no puede dejar de considerarse que el microsistema de tutela de la persona consumidora no resulta un régimen aislado y autosuficiente. El mismo se inserta en un marco de “plurijuridismo”, donde se produce el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o “pluralismo jurídico”, que consiste en “...la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos”<sup>(54)</sup>, debiendo ponderarse no solo la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial y la ley 24.240, sino también las demás normas que componen el régimen, acudiendo al llamado diálogo de las fuentes para lograr la solución más justa en el caso concreto, a través de la tutela de las disposiciones que surgen en los tratados sobre derechos humanos (art. 2, CCyC) y el principio de interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3 y 37, ley 24.240, y arts. 1094 y 1095, CCyC).

Es así como, dentro de este esquema podremos encontrar otras normas o regulaciones que contengan y ordenen los fenómenos analizados. Podemos destacar, por ejemplo, el principio de transparencia plasmado en el artículo 1º del régimen de lealtad comercial (DNU 274/2019), destacando Frustagli<sup>(55)</sup> que en las conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022), justamente se enunció 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.

También debe ponderarse la regulación de protección de los datos personales, principalmente contenida en la ley 25.326 de datos personales y la de defensa de la competencia (al que expresamente remite el art. 3, LDC, junto con el de lealtad comercial, conformando una trilogía de normas que procura proteger el normal y adecuado funcionamiento de los mercados)<sup>(56)</sup>, entre otras disposiciones.

## VII. Breves consideraciones finales

1. La consagración del derecho a la libertad de elección en el marco de la tutela constitucional de las relaciones de consumo procura tutelar el Principio de Soberanía del Consumidor, principio que tiende a amparar un normal y justo funcionamiento del mercado y, por tanto, de la economía. Y es que, a través de decisiones libres e informadas por parte del consumidor, el mercado se orienta a una mejora en las condiciones de los productos y/o servicios ofrecidos.

2. En este contexto, y más allá de que históricamente el proveedor siempre ha procurado dirigir o encauzar esa libertad de elección a su favor (o en contra de su competidor), en el marco de los entornos digitales se evidencia la utilización de nuevas o reformuladas herramientas a tal fin que, eventualmente, pueden afectar de forma ilegítima el Principio de Soberanía del Consumidor.

3. De tal forma, pueden llegar a configurarse prácticas que, al transformar al consumidor de sujeto a objeto del mercado, atentan contra el trato digno y equitativo que

(54) NICOLAU, Noemí L., “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en ALTERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 423.

(55) FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”, *Revista de Derecho del Consumidor - Número 17 -*, 19-11-2024, Cita: UJ-VMXX-372.

(56) QUAGLIA, Marcelo C.; “Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor”, Fondo Editorial de Derecho y Economía. Ed. La Ley S.A., Bs. As., 2002.

debe brindársele, correspondiendo calificarlas como prácticas abusivas.

Del amplio espectro de herramientas utilizadas a tal fin nos hemos circunscripto en el presente a analizar tres fenómenos en particular: la categoría de los llamados contratos inevitables, la figura del prosumidor y los patrones oscuros.

4. El fenómeno de los contratos inevitables se vincula con la imposición de la digitalización en los modos y medios de relacionamiento, tanto social como profesional y laboral. De esta manera, el consumidor debe vincularse digitalmente (no solo al proveedor, sino también a su entorno) llevando a cabo actos jurídicos que muchas veces ni siquiera comprende cabalmente en su alcance y consecuencias (bajando aplicaciones, autorizando el uso de sus datos o el acceso a su información, relacionando o vinculando recursos tecnológicos a través de los cuales se formulan perfilamientos del sujeto, etc.).

Ante tal situación se demanda una adecuada ponderación del efecto vinculante de dichos acuerdos el que, considerando las particularidades condiciones del consumidor y/o la información que le fue brindada (o que comprendió) al acceder a ese acuerdo, deberá morigerarse, reducirse o no readecuarse, evidenciándose una necesaria y prudente intervención de los operadores jurídicos en el fenómeno.

5. Otro fenómeno es el del llamado prosumidor, situación en la que el proveedor delega o terceriza en el consumidor tareas que son propias o inherentes al bien o servicio que brinda, tanto en el mundo virtual como en el analógico.

Dentro de los eventuales inconvenientes que pueden evidenciarse en este contexto se destaca la usual ausencia de información o capacitación adecuada de ese consumidor, quien se ve inmerso en un contexto que desconoce pudiendo incurrir en errores que le conlleven consecuencias perniciosas; situación que se agrava en los entornos digitales.

Asimismo, a dicho agravamiento se adiciona la conducta de muchos proveedores que pretenden desconocer las responsabilidades que se generan por esas consecuencias perniciosas o, en su defecto, imputarlas en cabeza del consumidor devenido prosumidor, proceder que no debe ser jurídicamente admitido.

6. Los llamados patrones oscuros se caracterizan por ser prácticas comerciales que vinculan elementos de arquitectura de elección digital que procuran alterar o perjudicar la toma de decisiones o la capacidad de elección del consumidor, modificando su conducta hacia actos que no tenía pensado realizar y que, generalmente, no lo favorecen (abonando más dinero, brindando sus datos o entregando más tiempo de atención del deseado).

Evidentemente, la práctica enunciada afecta la libertad de elección del consumidor (art. 42, CN).

7. La utilización en el marco de los entornos digitales de las prácticas enunciadas (contratos inevitables, prosumidores y patrones oscuros) puede generar una mayor vulneración de los derechos de los consumidores, especialmente el de libertad de elección, dado el alcance que tiene dicho entorno y la particular vulnerabilidad que padece el usuario digital (especialmente el inmigrante o el analfabeto digital<sup>(57)</sup>).

8. Naturalmente el sistema jurídico debe responder a estos nuevos desafíos y, el hecho de que no existan referencias expresas a estos fenómenos en los textos normativos, no debe resultar un impedimento al momento de buscar soluciones justas para el caso concreto.

8.a) En este sentido, la consagración en el art. 42 de la CN del derecho a la libertad de elección como operativo y de goce directo, nos permite acceder o fundar la tutela a un nivel constitucional.

A partir de dicho punto pueden aplicarse diversas disposiciones y regulaciones, así como invocarse principios generales, aspecto de la regulación que no necesariamente puede calificarse como negativo ya que ante este tipo de fenómenos generalmente la creación de soluciones específicas resulta tardía para contenerlo y/o reencauzarlo (dada la celeridad de desarrollo de las técnicas de la infor-

(57) Para ampliar estos conceptos se recomienda consultar, entre otros, PISCITELLI, Alejandro; “Nativos e inmigrantes digitales: una diálctica intrincada pero indispensable”, en “Los desafíos de las TIC para el cambio educativo”, Roberto Carneiro, Juan Carlos Toscano y Tamara Díaz (coordinadores), Fundación Santillana, Madrid, 2021, pág. 71.

mación y las comunicaciones), exigiéndose dinamismo y celeridad en las respuestas jurídicas.

En este sentido, integrando las disposiciones de tutela a la persona consumidora (art. 3, LDC) con el necesario diálogo de fuentes (arts. 1 y 2, CCyC), además de los principios generales (tales como la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, etc.), podemos destacar:

8.b) La regulación de las prácticas abusivas: consideramos que las inconductas reseñadas trasladan a la persona consumidora de sujeto a objeto del mercado, circunstancia que afecta el trato digno y equitativo que se le demanda. Asimismo, al advertirse la reiteración e “institucionalización” de este proceder, podemos calificar al mismo como una práctica abusiva.

De tal forma, y dada la afectación de derechos personalísimos, como la dignidad de la persona y su libertad, que el propio Código Civil y Comercial califica como comprendidos dentro del contexto de los derechos humanos (art. 1097, CCyC), una de las consecuencias más relevantes de este encuadre radica en la posibilidad de plantear, ante la configuración del supuesto de hecho, la aplicación de los daños punitivos.

8.c) Otras normas dentro del régimen de tutela de la persona consumidora: naturalmente el encuadre de la inconducta en el contexto de las llamadas prácticas abusivas no es la única norma o instituto al que puede recurrirse ante estas situaciones.

Así, dentro del contexto del especial régimen de tutela a la persona consumidora puede advertirse el incumplimiento de la obligación de informar (con la posibilidad de plantear la nulidad de la cláusula o el contrato) y/o la configuración de cláusulas abusivas, correspondiendo declarar su invalidez y, eventualmente, integrar el vínculo.

8.d) El Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor 2024: si bien el texto no es aún norma vigente, ya sus precedentes han sido invocados por la jurisprudencia con fundamento en que recoge la fecunda labor de la doctrina, resultando por tanto fuente del derecho y argumento de autoridad.

La norma proyectada aporta interesantes recursos vinculados con el tema en análisis, y en línea con las soluciones que venimos propugnando. Así, por ejemplo, en vez de regular a través de normas cerradas y específicas, con acierto incorpora una enunciación de principios destinados a regir las relaciones de consumos en el marco de los entornos digitales.

También se detallan, entre otros institutos y figuras, las prácticas abusivas (dentro de las que pueden encuadrarse las conductas ya reseñadas), se consagra expresamente el principio de equiparación entre el consumidor analógico y el digital, se regula la publicidad y la intermediación en el marco de entornos digitales y se reconoce el fenómeno de la sobreinformación.

8.e) Finalmente, no podemos dejar de destacar que, dada la transversalidad del régimen de consumo y su vinculación con otros sistemas y microsistemas jurídicos, se produce una integración de reglas y principios a los que también puede recurrirse que excede el marco de esta especial regulación.

Así, podemos invocar el principio de transparencia, plasmado en el art. 1 del régimen de lealtad comercial (DNU 274/2019); la tutela de los datos personales, contenida principalmente en la ley 25.326; y la tutela de la defensa de la competencia, entre otras disposiciones.

9. De esta forma, hemos intentado efectuar un breve relevamiento de un fenómeno con el cual coexistimos diariamente, fenómeno que afecta la libertad de elección del consumidor y que, a través de las normas y principios vigentes, los operadores jurídicos debemos contener, reencauzar y ordenar.

Esperamos que nuevas y mejores voces tomen en sus manos este desafío, procurando soluciones que nos permitan arribar a un resultado cada vez más justo en el caso concreto.

Con ello nos contentamos...

## VIII. Bibliografía

- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘virtual’”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

- BAROCELLI, Sergio Sebastián; “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales”, en Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021, XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, pág. 7.

- BOCZKOWSKI, Pablo J.; “Oxígeno digital”, <https://www.youtube.com/watch?v=AgZzDFkE9x0>.

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

- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “El Deber de Información frente a las Decisiones ‘No Racionales’ del Consumidor”, Bs. As., La Ley, 2024.

- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “Estatuto del Consumidor Comentado. Tomo 1”, Ed. La Ley, Bs. As., comentario al art. 8 bis.

- DANESI, Cecilia; “El imperio de los algoritmos”, Editorial Galerna, Bs. As., 2022, ISBN 9789505569045.

- FALEIRO, Johanna C.; “Pregunta frecuente ¿Qué son las ‘prácticas abusivas’?”, MJ-DOC-17215-AR||MJD17215.

- FRÚGOLI, Martín A.; “Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)”, [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), Id SAIJ: DACF210109.

- FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”, Revista de Derecho del Consumidor - Número 17 -, 19-11-2024, Cita: IJ-V-CMXX-372.

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases”, en GOZÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto [dir.], Régimen jurídico del consumo colaborativo, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 74.

- GARZINO, M. Constanza; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del ‘diálogo de fuentes’ y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor ([www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf](http://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf)).

- <https://www.deceptive.design/hall-of-shame>.

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

- <https://www.zendesk.com.mx/blog/que-es-prosumidor/>.

- KAHNEMAN, Daniel; “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Debate, Bs. As., 2022.

- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237. Cita Online: AR/DOC/392/2015.

- MENDIETA, Ezequiel, “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26.

- MENDIETA, Ezequiel; “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo ‘Despegar.com.ar S.A. c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor’”, Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXIII100.

- MÜLER, Germán; “Hacia el deber de asesoramiento a la persona consumidora”, RCCyC Año IX, Número 5, octubre 2023, pág. 58 y ss.

- NICOLAU, Noemí L., “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en ALTERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 423.

- OCDE (2022), “Patrones comerciales oscuros”, OECD Digital Economy Papers, N.º 336, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>.

- OLANO RODRÍGUEZ, Karina Leticia y LOAIZA TAPIA, José Sebastián; “‘Dark comercial patterns’ o ‘Patrones comerciales oscuros’ en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor”, en Revista de Actualidad Mercantil Nro. 8, e-ISSN: 2523-2851, pág. 60.

- PISCITELLI, Alejandro; “Nativos e inmigrantes digitales: una dialéctica intrincada pero indispensable”, en “Los desafíos de las TIC para el cambio educativo”, Roberto Carneiro, Juan Carlos Toscano y Tamara Díaz (coordinadores), Fundación Santillana, Madrid, 2021, pág. 71.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor”, Fondo Editorial de Derecho y Economía. Ed. La Ley S.A., Bs. As., 2002.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Los entornos digitales y la figura del prosumidor”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-255.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0 de la persona consumidora”, Sup. Innovación y Derecho 2024 (abril), 1, LA LEY 2024-B, TR LALEY AR/DOC/822/2024.

- QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; “Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital”, en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254.

- QUAGLIA, Marcelo y RASCHETTI, Franco; “La obligación de informar en el ámbito de las relaciones de consumo. Alcances y extensión (ámbito objetivo y subjetivo)”, SJA 20/05/2020, 15. JA 2020-II, 389.

- ROJO, Martina; “Novedades de la protección del consumidor en EEUU: el caso Fortnite y los dark patterns”, en Revista de Derecho del Consumidor, Edición Especial - XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, IJ Editores, 11/09/2023, Cita: IJ-IV-DCCCXXI-442.

- SAHIÁN, José H.; “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY del 26/12/2017 –t. 2018-A–, pág. 1.

- SÁNCHEZ MORALES, Carlos y GARCÍA FLORES, Julián Rubén; “La teoría del empujoncito: nudgets saludables”, en Gaceta, Revista de la Universidad Abierta y a Distancia de México, edición de julio-septiembre 2023; <https://gaceta.unadmexico.mx/categorias->

[todas/97-2023/julio-septiembre-2023/salud/211-la-teoria-del-empujoncito-nudges-saludables](https://gaceta.unadmexico.mx/categorias-todas/97-2023/julio-septiembre-2023/salud/211-la-teoria-del-empujoncito-nudges-saludables).

- SHINA, Fernando E.; “Derecho y neurociencias. El futuro que ya empezó hace décadas. Un elogio al oxímoron jurídico”, 19 de Septiembre de 2019, [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar), Id SAIJ: DACF190158.

- SHINA, Fernando E.; “Las neurociencias y la información: una mirada distinta del deber de informar”, 27 de septiembre de 2021, [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar), Id SAIJ: DACF210166.

- SIBILIA, Paula; “La intimidad como espectáculo”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., 4ª reimpr.

- STIGLITZ, Gabriel; “Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales”, en Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I, Stiglitz - Hernández (directores), La Ley, Bs. As., 2015.

- TOFFLER, Alvin; “El shock del futuro”, Plaza y Janés Editores, 1973.

- TOFFLER, Alvin; “La Tercera Ola”, Plaza y Janés Editores, 1995.

- WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

- ZUBOFF, Shoshana; “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paidós, Buenos Aires, 2021.

**VOCES: DERECHO COMERCIAL - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - ABUSO DEL DERECHO - COMERCIO ELECTRÓNICO - MULTA - DAÑO PUNITIVO - E-COMMERCE - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA**