

Sobre el poder contractual de las plataformas digitales



Guido Alpa



Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma "La Sapienza". Presidente Emérito del Consiglio Nazionale Forense de Italia. Doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima y de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Británica y Caballero de la Gran Cruz de la Orden del Mérito de la República Italiana.

SUMARIO: I. Mercado digital y plataformas en línea: La búsqueda de una definición.— II. El poder regulador de las plataformas y las condiciones generales impuestas a los "clientes".— III. La formación del contrato entre las plataformas y sus clientes.— IV. Cláusulas de limitación de la responsabilidad.— V. Cláusulas abusivas en los contratos P2B.

Traducido por Alejandro Laje

I. Mercado digital y plataformas en línea: La búsqueda de una definición

El Parlamento Europeo y el Consejo Europeo han alcanzado en pocas semanas, en principio, dos acuerdos políticos sobre la regulación del mercado digital (23 de marzo de 2022, COM 2020.842 final, Ley de Mercado Digital) y los servicios digitales (23 de abril de 2022, COM 2020.842 final, Ley de Servicios Digitales). Ambos acuerdos se refieren al papel de las plataformas digitales y perfilan las características del "capitalismo digital" tal y como se entiende en la Unión Europea (UE) (1).

En la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento sobre el Mercado Digital se afirma que:

"Las grandes plataformas han surgido beneficiándose de características del sector, como los fuertes efectos de red, a menudo integradas a sus propios ecosistemas de plataforma, y estas plataformas representan elementos estructurantes clave de la economía digital actual intermediando en la mayoría de las transacciones entre los usuarios finales y usuarios de empresa. Muchos de estos emprendimientos también están rastreando y realizando perfiles de los usuarios finales de manera exhaustiva".

En particular, "algunas grandes plataformas actúan cada vez más como portales o como controladores entre usuarios empresariales y usuarios finales y disfrutan de una posición arraigada y duradera, a menudo como resultado de la creación de ecosistemas de conglomerado en torno a los servicios centrales de sus plataformas, lo que reforza las barreras de ingreso existentes".

De ahí la oportunidad de regular este mercado de manera uniforme para todos los Estados miembros de la UE ya que "como tales, estos *gatekeepers* tienen un impacto mayor y un control sustancial sobre el acceso y están arraigados en los mercados digitales, lo que lleva a una dependencia significativa entre muchos usuarios empresariales y ellos, creando a un comportamiento desleal *vis-à-vis* estos usuarios empresariales".

El marco propuesto sirve, por tanto, para hacer que los servicios de plataforma sean cuestionados.

Por su parte, la propuesta de Reglamento de Servicios persigue el objetivo de fomentar el pleno desarrollo del potencial de las plataformas, abordando en la UE las principales

repercusiones de las prácticas desleales y la falta de cuestionamientos para permitir a los usuarios finales (y también a los usuarios empresariales) explotar plenamente los beneficios de la economía de las plataformas y de la economía digital en general, en un entorno justo y responsable. Se trata de evitar y de terminar con la fragmentación del mercado interno; garantizar la seguridad jurídica para reducir la incertidumbre de los desarrolladores y promover la interoperabilidad. El uso de requisitos tecnológicamente neutros debería estimular la innovación en lugar de obstaculizarla.

Por lo tanto, sin perjuicio de la libertad de mercado garantizada a los operadores, la Unión Europea propone, para asegurar la seguridad jurídica, establecer también límites y obligaciones a los operadores en la aplicación eficiente de innovaciones tecnológicas y, al mismo tiempo, proteger los intereses de los usuarios. Los usuarios, que estaban acostumbrados a estar en contra de las empresas, de manera que cada legislador debía balanciar dos grupos de intereses, ahora pertenecen a tres categorías: los profesionales (que utilizan las plataformas para distribuir productos y servicios), los consumidores (que compran o utilizan productos y servicios; y entretejen relaciones comunicativas entre estos) y los llamados prosumidores (2) (que son los mismos consumidores que a su vez se convierten en productores a través de los motores de búsqueda, donde la actividad del visitante es decisiva para fijar el precio de los anuncios). Los siguientes actores también son componentes del mercado: el comercio electrónico, donde la reputación del vendedor o del artículo en venta se construye a partir de los juicios de los usuarios anteriores; los blogs y los sitios, impregnados de un espíritu *wiki*, es decir, de colaboración activa de las comunidades de navegantes (3). Esta circulación de comunicaciones, de datos, de imágenes, forma en sí misma un mercado perfectamente integrado con la actividad de las plataformas y de los usuarios.

De allí la sensibilidad de los juristas (en particular de los europeos) ante los efectos que este mercado puede tener sobre la condición de los usuarios y de los ciudadanos en general. Ello porque los datos personales no pueden ser considerados como "bienes" del mismo modo que los productos y servicios; la identidad personal no puede verse comprometida por la identidad digital; los derechos fundamentales de la persona no pueden verse truncados por la economía de mercado. Los problemas respecto al estatus de los trabajadores que operan en el mercado tradicional también se han agudizado. Ellos se han visto obligados a adqui-

rir nuevas competencias, convirtiendo sus actividades en otras que no han sido sustituidas por el uso de la inteligencia artificial; los trabajadores del mercado digital están obligados a seguir las estrictas reglas de esta comunidad de productores, consumidores y prosumidores, que operan durante todo el día (4), todos los días del año.

Para comprender el ámbito de aplicación de las intervenciones del legislador europeo es necesario partir de la definición de los términos técnicos utilizados. Los problemas de definición se consideran preliminares, sobre todo en un ámbito en el que el legislador, si bien no puede decirse que esté dando sus primeros pasos en este campo, sí ha sentido por primera vez la necesidad de marcar los límites con normas generales (5).

La propuesta de Reglamento de Servicios [art. 2º (h)] proporciona una definición de plataforma digital. Se trata de "un proveedor de un servicio de alojamiento que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, a menos que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad de este Reglamento".

La propuesta de Reglamento sobre el mercado digital define a un *gatekeeper* (guardián) (art. 3º.1), para cuya calificación deben cumplirse tres condiciones: tener un impacto significativo en el mercado interno; explotar un servicio de plataforma básica que constituya una importante puerta de entrada para que los usuarios comerciales lleguen a los usuarios finales y tener una posición consolidada y duradera en su propio negocio o adquirir tal posición en el futuro.

Las plataformas son relevantes, pero, entre ellas, son decisivas las calificadas como guardianes.

En el proyecto de política de la UE, esbozado por la Comisión en su Comunicación N° 288 del año 2016, este papel se define, a modo de ejemplo, como el poder de crear y diseñar nuevos mercados, competir con los mercados tradicionales y organizar nuevas formas de participación o actividad económica basadas en la recolección, el tratamiento y la modificación de grandes cantidades de datos.

Las plataformas operan en mercados multilaterales, pero con distintos grados de control sobre las interacciones directas en-

tre grupos de usuarios (6). El sistema que utilizan se beneficia de los "efectos de red", según los cuales el valor del servicio suele aumentar en la medida en que se incrementa el número de usuarios; permite llegar a sus usuarios de forma instantánea y sencilla y desempeñar un papel clave en la creación de valor digital a través de la acumulación de datos, facilitando nuevas empresas y creando nuevas dependencias estratégicas.

Ejemplos sintomáticos de plataformas digitales son *AdSense* de *Google*, *DoubleClick*, *eBay* y *Amazon*; *Google*, *Bing Search*, *Facebook* y *YouTube*; *Google Play*, *App Store* y *Facebook*; *Messenger*, *PayPal*, *Zalando* y *Uber*. Dadas sus múltiples funciones es difícil dar definiciones generales de una plataforma, pero las que se encuentran en sitios especializados parecen más elaboradas y abarcadoras que las definiciones dadas por el legislador europeo. Así, una plataforma es una "infraestructura de hardware o software que proporciona servicios y herramientas tecnológicas y programas y aplicaciones para la distribución, gestión y creación de contenidos y servicios digitales gratuitos o de pago, mediante la integración de varios medios (plataforma digital integrada)" (7).

Por lo tanto, podemos distinguir en el lenguaje de la informática entre la plataforma en sentido general, como la estructura de procesamiento representada por el *hardware* y el sistema operativo de una computadora, regulada por los estándares adecuados, y la plataforma específica como el conjunto de tecnologías que rigen un sistema de televisión digital y gestionan las modalidades de acceso.

Las plataformas incluyen, de acuerdo con las variadas actividades que habilitan: los *matchmakers digitales* (plataformas transacciones y *marketplaces*), que facilitan el emparejamiento de la demanda y la oferta de bienes y servicios, creando nuevas oportunidades de negocio. Los ejemplos más relevantes son: *Amazon* y *eBay*, que obtienen sus beneficios de las comisiones por venta; las *plataformas de servicios*, que desempeñan el mismo papel, pero en el mercado de servicios (los ejemplos más conocidos son *Uber* y *Airbnb*); las *plataformas de pago*, que permiten la transferencia de precios y dinero (*Peer-to Peer*, como *PayPal*); los *markets de inversión*, que financian a las *starts-up* mediante la captación de fondos.

Las sucesivas intervenciones de la legislación europea se han referido a los servicios prestados por las plataformas, tanto al regular el uso de los pagos electrónicos uti-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre el capitalismo digital, véase en particular SCHILLER, "Digital Capitalism. Networking the Global Market System", Cambridge (Mass.), 2000, que destaca los peligros del nuevo mercado, consistentes en la exasperación de las diferencias sociales, la promoción de un consumo imparable y la mercantilización de las herramientas educativas; y SRNICEK, "Digital Capitalism. Google Facebook Amazon and the New Economy

of the Web", Roma 2017, que habla de la "producción de datos por medio de datos". Sobre la economía de plataforma, véase LOBEL, "The Law of the Platform", 101 Minn. L. Rev., 2016, p. 87 y ss.; Cohen, *Law for the Platform Economy*, en 51 U. Cal. Davis, 2017, p. 133; BUSH, *Regulation of Digital Platforms and Infrastructures for Services of General Interest*, en *Wiso Diskurs*, 09/2021, p. 3 y ss.

(2) TOFFLER, *The Third Wave*, New York, 1980. La terza

onda. *Il tramonto dell'era industriale e la nascita di una nuova civiltà*, Milano, 1980.

(3) Según la definición de MENDUNI, *ad vocem*, Enc. *Scienza e della Tecnica*, Treccani, Roma, 2008; Maugeri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021.

(4) AA.VV., *The Future of Work: Labour, Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Edited by A. Perulli and T. Treu, Milano, 2020.

(5) Sobre este punto ver BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021, p. 1 FF. AA.VV.; I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy, Editado por P. Stanzione, Torino, 2022 y RESTA (G), *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, Media Laws, 2018, n. 1, ps. 232 y ss.

(6) COM (2015) 193 final.

(7) Las definiciones están tomadas del diccionario online Treccani.

lizados en el comercio electrónico como al reglamentar la recolección, el tratamiento y la circulación de datos con el GDPR. Pero no han proporcionado un conjunto completo de principios, un marco para insertar normas que rijan los mercados digitales.

A esta necesidad responden las dos propuestas de Reglamento que deberían entrar en vigor en los próximos meses. En pocas palabras, el expediente elaborado sobre este tema por la Cámara de Diputados italiana (8) señala que las dos medidas previstas incluyen la obligación de permitir a los usuarios comerciales acceder a los datos que generan utilizando la plataforma; la obligación de proporcionar a las empresas que se anuncian en la plataforma las herramientas y la información necesarias para que los anunciantes y editores puedan verificar de forma independiente los mensajes publicitarios alojados en la plataforma; la obligación de permitir a los usuarios comerciales promover su oferta y celebrar contratos con clientes por fuera de la plataforma y la prestación de servicios propios interoperables para terceros en situaciones específicas. Los proyectos también incluyen varias prohibiciones para los *gatekeepers*: la de favorecer a sus propios servicios y productos en términos de clasificación respecto de servicios o productos similares ofrecidos por terceros en su plataforma; impedir que los consumidores se pongan en contacto con empresas ajena a la plataforma; impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstalados si así lo desean; impedir la portabilidad (9).

En particular, se espera que el comportamiento de las plataformas sea correcto (indicando también las operaciones técnicas individuales que se consideren desleales), que las condiciones contractuales sean claras y comprensibles y que los componentes y los propósitos de los algoritmos sean explícitos y, por tanto, transparentes (10).

A la espera de una legislación supranacional completa, los legisladores nacionales han proporcionado definiciones y reglamentos (11).

El legislador francés diseñó la "République numérique" regulando el uso de las plataformas (12) con la ley 2016-1321 del 7 de octubre de 2016.

En Italia, la Cámara de Diputados y el Senado de la República tienen en proyecto varios, textos relativos tanto a la regulación de las plataformas como a la protección del trabajo gestionado a través de ellas (13). El proyecto de ley del Senado contiene una definición casi similar a la que figura en los diccionarios, es decir, que una plataforma tecnológica es un conjunto de programas informáticos, especificaciones técnicas, normas y equipos organizados por un proveedor de servicios de la sociedad de la información para que el usuario pueda utilizar determinados programas o servicios disponibles por vía electrónica o hacer uso de determinados contenidos digitales a través de Internet, con la excepción de los programas informáticos limitados a usos específicos y, por tanto, de uso restringido.

Es importante subrayar que cualquier definición —descriptiva o técnica— de las plataformas destaca la relación que mantienen los intermediarios y los destinatarios de bienes y servicios. También es importante

señalar que todo el fenómeno no se refiere únicamente a la gestión del mercado, sino también a los efectos que este produce en la circulación de datos y comunicaciones, información y opiniones y, por lo tanto, en los fenómenos de socialización y expresión de la participación democrática en una comunidad. De allí la necesidad de proteger los derechos fundamentales, la identidad de los individuos y grupos, la lucha contra la discriminación y la incitación al odio, así como la transparencia de los mecanismos de organización de las plataformas y sus relaciones con los clientes, consumidores y usuarios. En este complejo normativo se entrecruzan diferentes ámbitos: el derecho mercantil propio de los mercados digitales, el derecho público relativo a los derechos fundamentales y los pilares de la democracia y el derecho civil relativo a la propiedad de los datos, el intercambio de los datos con los servicios y, por tanto, la implicación de las relaciones contractuales. Esto no solo ocurre en la relación bilateral entre la plataforma y sus clientes sino también en la relación trilateral que se crea cuando la plataforma pone en contacto a los clientes con los proveedores de bienes y servicios a través de su mediación.

De lo dicho hasta ahora se desprende que las plataformas pueden concebirse como "entidades". Legalmente, una plataforma es una empresa y si tenemos en cuenta los guardianes más conocidos, estamos ante corporaciones multinacionales con un enorme poder (14). Las plataformas utilizan su poder regulador como cualquier otra empresa frente a los profesionales y los consumidores, pero son aún más temibles por su posición en el mercado, que hace que estos gigantes financieros de la *web* se asimilen a oligopolios comparables a "micronaciones".

II. El poder regulador de las plataformas y las condiciones generales impuestas a los "clientes"

Su poder regulador se concreta en la imposición de cláusulas contractuales relacionadas con el servicio prestado. Por lo tanto, este poder no puede escapar a las normas de la Unión Europea y a las normas del derecho interno relacionadas con la protección de los consumidores, la competencia, los derechos de autor, las marcas, los datos personales. Como cualquier empresa, las plataformas deben respetar los derechos fundamentales y deben elaborar un balance no financiero y participar en el Programa de Objetivos ESG (*Environmental Social Governance*) elaborado por la ONU con fecha límite en el año 2030.

El hecho de que se clasifiquen como "ordenamientos jurídicos privados transnacionales" no los exime, por tanto, de observar las normas del derecho privado (europeo y nacional). Evidentemente, su peso específico debe considerarse también desde el punto de vista del derecho público y, por tanto, en la construcción de la opinión pública, en la dialéctica del juego democrático, ya que la circulación de datos de todo tipo que generan está entrelazada con la vida democrática de un país, al igual que el uso de las computadoras, de Internet y de las otras herramientas de comunicación.

Para entender cómo funcionan estas plataformas de cara al público, conviene examinar las condiciones generales que utilizan para llevar a cabo las actividades que le ofrecen.

(8) Expediente N° 52 de la Cámara de Diputados, 18 de mayo de 2021 (18va. Legislatura).

(9) Expediente N° 52 de la Cámara de Diputados, 18 de mayo de 2021 (18va. Legislatura).

(10) Más ampliamente, Alpa, *Il mercato unico digitale, en Contratto e impresa/Europa*, N° 1, 2021, ps. 1 y siguientes.

(11) *Loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 Pour une Répu-*

Como ejemplo, podríamos considerar tres plataformas de distinta naturaleza: una plataforma que ofrece servicios digitales (*Google*), una plataforma que ofrece productos y servicios (*Amazon*), una plataforma que ofrece un sitio de comunicación entre miembros (*Facebook*, ahora *Meta*).

Estas tres plataformas son portadoras de idéntica nacionalidad, son estadounidenses, pero han creado filiales en Europa: *Google* tiene su sede en Dublín (*Google Ireland Limited* constituida y operada bajo las leyes de Irlanda) y también opera en Suiza; *Amazon* en Luxemburgo (*Amazon Europe Core Sarl*, *Amazon EU Sarl*, *Amazon Service Europe Sarl*, *Amazon Media EU Sarl*, mientras que *Amazon Studios Europe* ha mantenido su sede en Londres incluso después del *Brexit*); *Facebook* en Dublín. Todas ellas tienen oficinas en Londres y en las principales ciudades del continente.

Las condiciones generales de contratación, que en la práctica italiana se formulan como cláusulas contractuales con expresiones propias de los textos normativos, en el caso de estos *gatekeepers* se expresan en un tono coloquial, persuasivo y expositivo, como si "hablan" directamente al usuario y lo hicieran participante del discurso.

Además, los efectos jurídicos de estas cláusulas en el discurso con el cliente se dan por sentados y las condiciones se presentan como reglas del servicio como si estuvieran "naturalmente" incorporadas a este. Es decir, un servicio prestado sobre la base del poder contractual privado que impone a los usuarios mediante las cláusulas contractuales redactadas por ellos. Esto refuerza la convicción del cliente (no abogado) de que las normas son, por así decirlo, "inherentes" al servicio. El cliente no siente que las condiciones le sean impuestas y no percibe el poder de negociación que ejerce la plataforma, que se presenta no como una contraparte sino como un cooperador solidario.

Es razonable y obvio que —con respecto a millones de usuarios— estas normas son iguales para todos y no son negociables.

III. La formación del contrato entre las plataformas y sus clientes

El procedimiento de celebración de un contrato no es el mismo en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión y de los países no pertenecientes a ella. La cuestión de la celebración de un contrato no ha sido regulada por el legislador europeo y con el abandono del proyecto de elaboración de un Código Civil Europeo (DCFR), que en sus artículos II.4:201 preveía la regulación del procedimiento, esta cuestión cambia de sistema a sistema. Así, en cada uno de ellos hay que determinar cómo el intercambio de oferta y aceptación puede conducir a la celebración del contrato y dónde se ha formado el contrato.

Las diferencias son notables. En Francia, por ejemplo, la disciplina del contrato ordinario implica siempre el intercambio de oferta y aceptación (según el art. 1113 y ss., ordenanza de 10 de febrero de 2016 que reforma el Código Civil), pero el silencio, considerado ineficaz en la mayoría de los países, puede contar como aceptación si resulta así por la ley, por la costumbre, por las relaciones comerciales, o por las circunstancias particulares (art. 1120 Código Civil de Italia);

(12) Beuscart y Flichy, *Plateformes numériques*, Réseau 2018/6 (n. 212) ps. 9 a 22.

(13) Proyecto de ley 1592 de la Cámara de Representantes, presentado por el Consejo Regional del Piamonte, sobre el trabajo gestionado a través de plataformas digitales; Proyecto de ley 2484 del Senado, sobre disposiciones relativas a la prestación de servicios de red de Internet para la protección de la competencia y la libertad

de acceso de los usuarios.

(14) Bassan habla de plataformas como "órdenes jurídicos transnacionales privados", op. cit., ps. 84 y siguientes.

(15) Para las primeras referencias ver: Deshayes, Génic, Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de preuve des obligations*, Paris, 2018, ps. 394 y siguientes.

Las normas establecidas por el Código Civil italiano, en los arts. 1326 y ss., identifican diferentes procedimientos para la formación del contrato, además del intercambio de oferta y aceptación, como la ejecución directa, la aceptación por hechos concluyentes, etcétera. En el caso de los contratos celebrados por vía electrónica, a falta de normas específicas, han surgido varias soluciones: la opinión predominante es que la celebración tiene lugar cuando el oferente (en nuestro caso, la plataforma) recibe la aceptación del destinatario por correo electrónico y este hecho resulta decisivo tanto para establecer el momento de la celebración del contrato como el lugar de su conclusión. Ello se debe a que la correspondencia electrónica se equipara a la correspondencia en papel y a que la dirección electrónica se equipara a la dirección ordinaria (según lo dispuesto en el Decreto Presidencial N° 445 de 2000, artículo 14 c. 1).

Mientras que *Google* y *Facebook* no establecen ninguna guía particular sobre la forma de celebrar un contrato, *Amazon* establece normas muy detalladas.

En primer lugar, las condiciones de *Amazon* especifican, en el apartado titulado "Nuestro contrato", que la presentación de productos y servicios en el sitio o a través de las aplicaciones de *Amazon* para dispositivos móviles constituye una *invitación a la oferta*. Por tanto, matiza la exposición de sus productos, que, como sabemos, ahora van desde libros, que constituyan el mercado inicial, hasta todo lo necesario para el hogar, muebles, ropa, etcétera: la exposición —como ocurre en los supermercados— no implica el acto voluntario propio de una oferta sino una invitación que, solo si se acepta, implica la proposición de una oferta por parte del cliente. Además, *Amazon* se reserva el derecho de aceptar o rechazar, pero no especifica las razones por las que podría rechazar la oferta. Sin embargo, sí especifica cómo presentar la oferta. En la parte superior de la página encontraremos el botón "Comprar ahora", en el que hay que hacer clic para realizar el pedido. ¿Qué ocurre una vez recibido el pedido? El reglamento dice también:

"Su pedido se considerará entonces como una propuesta contractual a *Amazon* para

los productos enumerados, cada uno de ellos individualmente. Tras la recepción de su pedido, le enviaremos automáticamente un mensaje de acuse de recibo del pedido ('Recibo de pedido'). Si utiliza determinados Servicios de *Amazon* (como sus aplicaciones móviles) el Recibo de Pedido podrá publicarse en el Centro de Comunicación accesible desde el sitio".

La notificación al cliente de la recepción de su pedido no es, sin embargo, una expresión de aceptación. El reglamento especifica que:

"La recepción de un pedido no constituye la aceptación de su propuesta de compra. Al enviarnos el Recibo de pedido, solo confirmamos que hemos recibido su pedido y que lo hemos sometido a la verificación de datos y a la disponibilidad de los productos que ha solicitado. El contrato de venta con *Amazon EU Sarl* solo se perfeccionará cuando le enviemos un correo electrónico por separado o publiquemos un mensaje en el Centro de Comunicación de la página web aceptando su propuesta de compra, que también contendrá información sobre el envío del producto y la fecha prevista de entrega ("Confirmación de Envío")".

Dado que la confirmación del pedido solo se realiza después de que el usuario haya pagado el servicio por los medios establecidos (mediante tarjeta de crédito o débito o *PayPal*) es razonable suponer que el intercambio del papel de las partes (ofertante/objeto) no solo se debe a la necesidad de averiguar si el producto solicitado sigue estando disponible, sino que también está relacionado con la disponibilidad financiera del cliente. El pago anticipado —es decir, la regularidad de la transmisión del precio— se convierte en una condición tácita pero necesaria para la celebración del contrato. El contrato no se concluye con la recepción del pedido —como sucede normalmente en el caso de una invitación a ofertar— sino en un momento distinto, decidido por *Amazon*, que coincide con el inicio de los procedimientos de envío. *Amazon* justifica este complejo procedimiento por el hecho de que no se sabe, en el momento de tramitar el pedido, si el producto está disponible en el depósito. En ese caso, los productos no disponibles no deberían mostrarse o el pedido podría para a ser una "reserva" como ocurre con los libros cuya publicación se ha anunciado pero que aún no se han editado.

Estas normas modifican, al menos en parte, las establecidas por el Código Civil italiano, a las que en cualquier caso se puede renunciar por no ser obligatorias. Sin embargo, es discutible que el intercambio del papel de las partes no implique el ejercicio de un poder abusivo por parte del proveedor de bienes y servicios.

Los problemas jurídicos que plantean las condiciones generales de los tres *gatekeepers* considerados no terminan ahí.

En el Código Civil italiano nos encontramos con el problema de la cognoscibilidad de las condiciones. Como he señalado al principio de este trabajo, se publican en el sitio web de todas las plataformas, pero no en el lugar donde se ofrecen los productos o servicios sino en un lugar diferente, relacionado con a las características de la plataforma y bajo la expresión "Términos" o condiciones de uso.

Por tanto, se ha planteado la cuestión de si esta ubicación separada puede considerarse conforme a lo dispuesto en el art. 1341 del Código Civil italiano, que condiciona su eficacia al conocimiento del adherente. El conocimiento supone el ejercicio de una diligencia ordinaria por parte del cliente: se suele sostener que el estándar de diligencia debe medirse teniendo en cuenta la conduc-

ta habitual de la multitud de adherentes y las circunstancias del caso. Dado que basta con que las condiciones generales estén expuestas en los locales de la empresa, parece fácil resolver el problema señalando que las cláusulas están en todo caso expuestas en la página web de las plataformas y, por tanto, son conocibles por el adherente-cliente.

Sin embargo, el hecho de que se conozcan no es requisito suficiente para decidir su eficacia, ya que las cláusulas —frente a quien sea su destinatario, un consumidor o un profesional— listadas en el art. 1341 [2] del Código Civil italiano y, por tanto, desleales, no son eficaces si no se han firmado una por una.

Este aspecto es completamente ignorado por las "Condiciones" impuestas por las tres plataformas; de hecho, los textos adoptados por ellas sugieren que ni siquiera se cuestionan el asunto, ya que las condiciones generales están redactadas *como si* siguieran siendo efectivas, aunque no se suscriban individualmente.

Se trata de una obligación formal que concierne a todos los clientes, cualquiera que sea su categoría: en su defecto, las cláusulas abusivas —en particular las relacionadas con la responsabilidad— no son efectivas. La firma, según la mayoría de los intérpretes, tiene lugar con la colocación de una firma digital, por lo que es razonable suponer que nunca ocurre en la realidad. Por lo tanto, varias cláusulas importantes de las plataformas deben considerarse ineficaces.

IV. Cláusulas de limitación de la responsabilidad

En cuanto a *Google*, la cláusula de responsabilidad general es (en mi opinión) ineficaz por ser genérica, además de no estar firmada, ya que establece:

"Estos términos limitan nuestra responsabilidad solo en la medida permitida por la ley aplicable. Estos términos no limitan la responsabilidad por actividades fraudulentas, tergiversaciones fraudulentas o muerte o lesiones personales causadas por negligencia o mala conducta internacional.

"Además de la responsabilidad descrita anteriormente, *Google* solo es responsable si infringe estas condiciones o cualquier otra condición adicional específica de los servicios aplicables, con sujeción a la legislación vigente".

Las cláusulas de los contratos celebrados con profesionales (que *Google* define como empresas, profesionales y organizaciones) contienen otras limitaciones:

"Pérdida de beneficios, ingresos, oportunidades de negocio, reputación o ahorros previstos, pérdidas indirectas o consecuentes, daños punitivos. La responsabilidad total de *Google* derivada de estas condiciones o relacionada con ellas se limita al mayor de los siguientes importes: [1] 500 euros o [2] el 125% de las tarifas pagadas por el usuario para utilizar los servicios pertinentes en los 12 meses anteriores al incumplimiento".

Vale la pena señalar que el daño contractual indemnizable es solo el directo e inmediato (conforme al art. 1223 del Código Civil y Comercial); se admite el deducible, pero dudo que puedan excluirse los daños punitivos, si se admiten, porque expresan una protesta sancionadora del juez. En todo caso, son los daños punitivos *per se* los que no siempre se consideran admisibles, según el *leading case* del Tribunal Supremo (sentencia n. 16.601 de 2017) que han reconocido la compatibilidad de los daños punitivos con nuestro sistema solo cuando lo prevé la ley.

En cuanto a *Amazon*, las limitaciones de responsabilidad son menos relevantes, ya

que en la mayoría de los casos se refieren a circunstancias en las que la plataforma no estaría obligada en ningún caso a pagar daños y perjuicios, que quedan excluidos si se deben a la intervención de terceros o a circunstancias imprevisibles y de fuerza mayor.

"Nuestra Responsabilidad"

Haremos todo lo posible para garantizar que el acceso a los Servicios de *Amazon* se proporcione sin interrupción y que las transmisiones estén libres de errores. No obstante, debido a la naturaleza de Internet, no puede garantizarse un acceso ininterrumpido ni una transmisión sin errores. Además, su acceso a los Servicios de *Amazon* puede suspenderse o restringirse ocasionalmente para permitir trabajos de reparación, mantenimiento o la introducción de nueva actividades o servicios. Intentaremos limitar la frecuencia y duración de estas suspensiones y limitaciones.

"Amazon no será responsable de (i) ninguna pérdida que sea consecuencia de nuestro incumplimiento de las presentes condiciones o (ii) ninguna pérdida de oportunidad comercial (incluida la pérdida de beneficios, ingresos, contratos, ahorros considerados, datos, fondo de comercio o gasto incurridos innecesariamente) o (iii) cualquier otra pérdida indirecta o consecuente que no fuera razonablemente previsible, ya sea por usted o por nosotros, en el momento en que comenzó a utilizar los Servicios de *Amazon*.

"No seremos responsables de ningún retraso o incumplimiento de nuestras obligaciones en virtud de estas condiciones si el retraso o el incumplimiento se deben a circunstancias imprevisibles o de fuerza mayor. Esta disposición no afecta sus derechos legales y, en particular, su derecho a recibir los bienes adquiridos en un plazo razonable o a que se le reembolse su importe en caso de que la falta de entrega se deba a circunstancias, a un caso fortuito o de fuerza mayor. La legislación de algunos países puede prohibir las anteriores limitaciones de responsabilidad. En el caso de que dichas disposiciones sean aplicables, las limitaciones de responsabilidad anteriores no se aplicarán y usted podrá tener derechos adicionales. Nada de lo aquí contenido limitará o excluirá nuestra responsabilidad en caso de muerte o daños personales causados por nuestra negligencia o causados por nuestra mala conducta intencionada o negligencia grave".

Los términos y las condiciones de *Amazon* son bastante detallados en cuanto a las garantías, las devoluciones de productos y el derecho de desistimiento, todo lo cual no se contempla en estas notas.

Las condiciones de *Facebook* son un poco diferentes, ya que, por un lado, insisten en los compromisos del usuario y, por otro, prevén la autorización del usuario para utilizar sus datos y contenidos. Además, estipulan que el contrato sigue surtiendo efecto si una o varias de las condiciones resultan ineficaces. Lo mismo se dice en la Directiva N° 13 de 1993 sobre cláusulas abusivas y en el art. 36 del Código de Consumidor de Italia, pero el caso debe adaptarse, en Italia, al Código Civil italiano, que encomienda al juez la tarea de valorar si el contrato particularmente nulo puede seguir produciendo algún efecto (art. 1419 c.2).

Las limitaciones de responsabilidad son en cualquier caso razonables, aunque no es admisible una exclusión general de responsabilidad por la conducta negligente de terceros.

"Limitaciones de responsabilidad"

"Nada de lo dispuesto en estas Condiciones tiene por objeto excluir o limitar nuestra responsabilidad en caso de fallecimiento,

daños personales o tergiversación fraudulenta causados por nuestra negligencia o en perjuicio de sus derechos.

"Actuaremos con diligencia profesional a la hora de proporcionarle nuestros Productos y Servicios y de garantizar un entorno seguro y sin errores. Siempre que Meta haya actuado de acuerdo con diligencia profesional, Meta no acepta ninguna responsabilidad con respecto a las pérdidas que no sean causadas por el incumplimiento de estos Términos o que sean atribuibles a sus acciones, las pérdidas que no eran razonablemente previsibles por usted y Meta en el momento de su aceptación de estos Términos y con respecto a los eventos más allá del control razonable de Meta".

Si la otra parte es un consumidor, las tres plataformas consideran que las normas que deben aplicarse son las destinadas a protegerle. Y eso solo puede ser así.

Por lo tanto, en Italia, todas las cláusulas, y no solo las relativas a la responsabilidad, deben evaluarse a la luz del parámetro de la buena fe y del desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor (art. 3º [1]). Por tanto, las limitaciones de responsabilidad deben evaluarse sobre la base de los arts. 1229, relativo a las cláusulas de exclusión en general, y 1341 [2] del Código Civil y los arts. 33 y ss. del Código del Consumidor (Decreto Legislativo N° 206 de 2005, que aplica la directiva europea).

Y lo mismo ocurre con las demás cláusulas relativas a la retirada y las garantías. Las cláusulas relativas a la ley aplicable no parecen plantear problemas en cuanto a su validez. En cambio, las cláusulas que imponen el foro conveniente para la parte más fuerte son consideradas abusivas por el Código Civil italiano, así como por el Código de Consumidor (art. 33 c.2 lett.t). Así, para los no consumidores bastará con la aprobación por escrito para superar el problema, mientras que para los consumidores será más difícil excluir la nulidad, a menos que se demuestre que la cláusula está equilibrada por otras más ventajosas para el consumidor.

No obstante, hay que tener en cuenta que, en caso de los consumidores, tendrán derecho a interponer acciones ante los tribunales de su lugar de residencia.

En cuanto a la ley aplicable, no se puede privar al consumidor de la protección adicional que le ofrece su propia ley con respecto elegida por la plataforma: este sería el caso cuando existe una necesaria suscripción de cláusulas abusivas, como lo prevé la ley italiana, con respecto a las leyes a las que remiten las plataformas. *Google* elige la ley del país en el que reside el usuario; *Amazon* elige la ley de Luxemburgo, sin perjuicio de las protecciones adicionales de ley del consumidor, y excluye la aplicación de la Convención de Viena; *Facebook* remite a la ley del lugar de residencia del usuario para la resolución de los conflictos derivados de los reclamos y para todo lo demás, incluida la regulación de las condiciones generales de contratación, a la ley irlandesa.

Así pues, los consumidores italianos están mejor protegidos por su legislación, que es más generosa con ellos que la directiva europea.

Entre las condiciones generales establecidas por las tres plataformas, la cláusula que les permite modificar el contrato unilateralmente también debe considerarse abusiva. La directiva, y por tanto el Código del Consumidor italiano (art. 33.2.m), solo permite las modificaciones unilaterales si están recogidas en el contrato y se deben a una razón justificada. Si la cláusula no está equilibrada por otras favorables al cliente, es muy proba-

ble que, si no hay otros obstáculos, la cláusula pueda caer en el triple control de falta de mención en el contrato, falta de motivo justificado, falta de equilibrio. También se controlan las modificaciones del precio, si este se incrementa excesivamente (art. 33 del Código del Consumidor italiano, c 2 lett.o).

Las tres plataformas promueven la resolución extrajudicial de conflictos. En este punto también es necesario hacer algunas aclaraciones. Como es sabido, la Unión Europea promueve la resolución de conflictos a través de la conciliación y la mediación, y ha previsto una directiva que regula específicamente estas técnicas. Incluso ha puesto a disposición de los consumidores un sistema de resolución de litigios en línea (plataforma ODR de la UE Reglamento (UE) 524/2013) (16).

Si no se trata de un servicios prestados por la Unión, las cláusulas relativas a esta cuestión deben ajustarse a la ley: el art. 1341 c.2

(16) Proporciona el marco para la resolución de litigios en línea, la creación de la plataforma ODR de la UE y la fecha (09/01/2016) a partir de la cual cada tienda electrónica de la Unión Europea debe proporcionar un enlace

del Código Civil italiano considera ineficaz cualquier cláusula no firmada que implique la adhesión a un arbitraje (de cualquier naturaleza) o la derogación de la competencia de la autoridad judicial; el art. 33 c. 3 lett.v bis y v ter del Código de Consumidor considera presuntamente abusivas (y anulables) las cláusulas que dificulten el acceso a los órganos de conciliación y mediación o impongan un único tipo de órgano o un único organismo.

Podrían hacerse otras consideraciones sobre las cláusulas de limitación de la garantía y sobre las cláusulas relativas a las relaciones con terceros. Pero podemos posponer este análisis a una fase posterior de la investigación.

V. Cláusulas abusivas en los contratos P2B

Es significativo que la potestad normativa en materia contractual otorgada a las plataformas esté, junto con otras obligaciones,

en la plataforma a su sitio web que dé a los consumidores europeos acceso para que puedan presentar electrónicamente sus quejas a una entidad de resolución alternativa.

reglada específicamente en el Reglamento n. 1150 de 2019. Este Reglamento —que entró en vigor directamente en el ordenamiento jurídico italiano— ha sido reforzado por determinadas disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto de Italia de 2020 n. 178. Tiene la misión de promover condiciones más justas y transparentes en el mercado de las plataformas digitales y, por otra parte, atribuir a los organismos público (en Italia la Autoridad de Garantías de las Comunicaciones - Agcom) la tarea de garantizar una aplicación adecuada y eficaz del Reglamento P2B (art. 1. C. 515 ss. de la Ley de Presupuesto italiano).

En lo que respecta a las condiciones generales del contrato, el Reglamento establece que las condiciones establecidas deben ser fácilmente accesibles (lo que alivia la carga de la prueba del art. 1341 del Código Civil italiano) y deben redactarse en un lenguaje claro y comprensible (art. 3º). Una disposición similar se había impuesto a las cláusulas de los contratos de consumo (art. 35 del Código del Consumidor italiano). Es significativo señalar que el Reglamento trata a los profesionales que se adhieren a las condiciones de la misma manera que los consumidores: ambas ca-

tegorías tienen un débil poder de negociación frente a las plataformas.

Además, las plataformas están obligadas a revelar todo tipo de canales de distribución adicionales o programas de afiliación que puedan utilizarse para vender bienes y servicios y cuáles son los efectos de las condiciones sobre derechos de propiedad intelectual de los usuarios.

El Reglamento también regula el comportamiento de los proveedores de bienes y servicios relacionados con las plataformas, pero, por supuesto, esto se confía a los clientes individuales —consumidores, profesionales, prosumidores— y a las asociaciones de consumidores, o, en los sistemas legales en los que esto está previsto, también a los reguladores del mercado.

En Italia, la Autoridad Antimonopolio ha sancionado severamente a las plataformas que infringen la ley de competencia y emplean prácticas comerciales desleales y ha empezado a controlar las condiciones generales de los contratos que pueden ser anulados por desleales.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1930/2022

Sobre el principalismo y el neoconstitucionalismo

Juan Carlos Cassagne



Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de varias academias iberoamericanas.

SUMARIO: I. El principalismo.— II. La estructura del ordenamiento.— III. El papel de los principios generales.— IV. El Estado de Derecho Constitucional y los distintos neoconstitucionalismos.— V. La llamada constitucionalización del ordenamiento.— VI. Hacia el Estado Subsidiario.— VII. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante.— VIII. Epílogo.

I. El principalismo

El campo de la dogmática del derecho público, así como el de la filosofía del derecho, exhibe cuestiones en las que los juristas y los filósofos del derecho no terminan de ponerse de acuerdo.

En esta ocasión, haremos el abordaje de dos tendencias. La primera, se refiere al llamado principalismo, una orientación moderna que congrega un arco bastante amplio de concepciones que abarcan, desde el positivismo incluyente o iusmoralista, hasta las diversas facetas que representa el iusnaturalismo. La segunda, es el llamado neoconstitucionalismo.

Los aspectos fundamentales de las concepciones principalistas pasan por tres ejes fundamentales, a saber: a) El reconocimiento de que el derecho constituye una práctica que se dirige a lo que “es bueno hacer, tener, obtener y ser” (1); b) Consecuentemente, la consideración de la moral como la razón práctica del de-

recho (2); y, por último, e) La prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas o reglas en sentido estricto.

Existe la creencia que considera que el movimiento principalista se originó en las cartas constitucionales que se sancionaron en Europa tras la finalización de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra suficientemente reconocido por la doctrina constitucionalista, lo cierto es que el origen de este proceso es patrimonio del derecho administrativo. En efecto, este derecho se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus primeras construcciones dogmáticas (Laferrière) y es sabido que, finalmente, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía (3), provocando uno de los cambios más profundos habidos en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público,

considerados finalmente como mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho (4).

Su significación fue advertida en Francia por Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia (5), quien puso de relieve una jurisprudencia que terminó proyectándose a todo el derecho administrativo público europeo. Se produjo de ese modo un cambio radical en las fuentes del derecho con base en las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés (6) y la jurisprudencia de su Consejo de Estado.

Cabe apuntar, también, que buena parte de los publicistas y filósofos del Derecho de esa época se hallaban enrolados en el iusnaturalismo, al igual que algunos autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que era advertible su adhesión a las verdades del derecho natural (7).

Una resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del Derecho, en la configuración

del Derecho Administrativo moderno, se encuentra en la obra del maestro García de Enterría. Este jurista insigne, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que, en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecían sobre las leyes escritas (8).

A la inversa de lo que supone el positivismo excluyente de la moral, el principalismo no ha venido a suplantar la legalidad positiva, sino a reforzar su validez a través de una dimensión racional-moral de justicia, que convive con la dimensión formal, proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho (9).

En esta dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los principios generales del derecho que resultan “descubiertos y funcionalizados por los juristas” y “recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o por la legislación” (10).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) FINNIS, John, “Aquinas: Moral, Political and Legal Theory”, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 41, cit. por MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio en “Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, LEGARRE, Santiago, “Ensayos de Derecho Natural”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.

(2) VIGO, Rodolfo Luis, “Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del Estado de Derecho Cons-

titucional”, El Derecho, diario del 21/07/2021, p. 1 y ss.; sobre la razón práctica, véase el reciente ensayo de dicho autor *La reconciliación del Derecho con la razón y las emociones*, Ed. Palestra, Lima, 2022, ps. 70 y ss.

(3) Véase: COVIELLO, Pedro J. J., “Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio”, El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.

(4) Ampliar en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Rubin-

zal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, 2ª edición actualizada, ps. 71 y ss.

(5) RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo”, Madrid, 1951, RAP N° 6, p. 289 y ss. y, JEANNEAU BENOIT, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative”, Sirey, Paris, 1954.

(6) HAURIOL, Maurice, “Derecho Público Constitucional”, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, Ed. Reuss, Madrid, 1927, ps. 290 y ss.

(7) Vid, en tal sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”, Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.

(8) Ibídem, ps. 44-45, apunta que en el derecho francés “la idea de los principios no ha hecho más que ganar terreno”.

(9) Aspecto muy bien explicado en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Jurisprudencia analítica...”, ob. cit. p. 40.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones...”, ob. cit., p. 43.