



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Big Data, relaciones laborales y principio protectorio

por GUSTAVO MONTENEGRO^(*), E. DAMIÁN BES^(**) y ARIEL PODESTÁ^(***)

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. OBJETIVOS DEL PRESENTE TRABAJO. – 2. PRINCIPIO PROTECTORIO Y ORDEN PÚBLICO LABORAL. – 3. LA TECNOLOGÍA. PRECISIONES PRELIMINARES. UNIFICANDO CONCEPTOS. – 4. ANÁLISIS GENERAL DEL BIG DATA. 4.1. HERRAMIENTAS QUE UTILIZA Y SU ALCANCE. 4.2. TITULARIDAD DE LOS DATOS. 4.3. QUÉ PUEDE LOGRARSE CON BIG DATA. 4.4. CATEGORÍAS DE DATOS Y SU TRATAMIENTO. 4.5. PREDICCIONES Y BRECHA DIGITAL. 4.6. EXPANSIÓN DEL TEMA. – 5. VINCULACIONES ENTRE EL BIG DATA Y LAS RELACIONES LABORALES. 5.1. BIG DATA APLICADO EN LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES. 5.2. BIG DATA APLICADO EN SANCIONES DISCIPLINARIAS O DESPIDOS DE TRABAJADORES. 5.3. UTILIZACIÓN DEL BIG DATA PARA EVALUAR EL DESEMPEÑO DE LOS TRABAJADORES. 5.4. BIG DATA PARA PREVER SITUACIONES DE BURNOUT Y ACOSO LABORAL. 5.5. EL BIG DATA COMO HERRAMIENTA PARA LA PREVENCIÓN DE SINIESTROS LABORALES. 5.6. LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE MEDIANTE EL USO DEL BIG DATA. 5.7. BIG DATA COMO HERRAMIENTA DEL ESTADO PARA REGULAR O MONITOREAR LAS RELACIONES LABORALES Y PARA OPTIMIZAR EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. – 6. EL ACTUAL CONTEXTO HISTÓRICO. LA GLOBALIZACIÓN. EL CONSENSO NEOLIBERAL. LA SOCIEDAD DEL RENDIMIENTO. 6.1. SOCIEDAD DISCIPLINARIA VERSUS SOCIEDAD DEL RENDIMIENTO. 6.2. LO SEÑALADO EN ALGUNOS EJEMPLOS. – 7. CONCLUSIONES.

Diariamente es creciente la cantidad de información personal disponible de todos los seres humanos, proceso especialmente acelerado desde la irrupción de internet. Gran parte de esa cantidad de datos es suministrada voluntariamente y otra de manera forzada u obtenida subrepticiamente. Se busca con el presente trabajo analizar el impacto de este fenómeno dentro de las relaciones laborales, buscando determinar su incidencia, las posibilidades que se generan y eventuales problemas, deteniendo la mirada

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Medidas de seguridad en las bases de datos personales. La importancia del control de las bases de datos. Factores lógicos, físicos/ambientales y humanos en materia de seguridad. Inquietantes señales. Preocupación de las autoridades de varios países encomendadas al área de protección de los datos personales*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 233-786; *La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar*, por HUGO A. VANINETTI, ED, 238-808; *La protección de los datos personales en Internet: lineamientos que caben deducirse del fallo de la Corte Suprema*, por ESTEBAN RUIZ MARTÍNEZ, ED, 260-861; *Polémica en los Estados Unidos por la utilización de datos personales con fines comerciales*, por LEONARDO GERI, ED, 261-897; *La protección de datos personales y el riesgo de la ciberseguridad en los procesos de auditoría previa (due diligence) en las adquisiciones y fusiones de empresas (M&A)*, por AGUSTÍN ALLENDE LARRETA, ED, 272-852; *Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales*, por JOHN GROVER DORADO, ED, 268-609; *Derecho y tecnologías de la información y comunicación. Su incidencia en el proceso laboral: El caso de la provincia de Córdoba – Argentina*, por LAURA NIEVAS, TySS, 02/2018-43. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

especialmente en aquellos que requieran pronta regulación por normas estatales o de origen convencional.

1 Consideraciones preliminares. Objetivos del presente trabajo

Quienes vivimos en esta época debemos tener presente que nos toca atravesar lo que se ha dado en llamar la sociedad de la información⁽¹⁾. Se trata de una revolución tecnológica que impacta de manera directa en múltiples aspectos de la vida cotidiana. En particular, los autores proponemos detenernos a repensar lo que está sucediendo con la obtención, almacenamiento y tratamiento de enormes volúmenes de información, ya que incide de manera vertiginosa sobre los más variados aspectos de la sociedad y, poco a poco, el cambio de plataforma fáctica comienza a ser visible y tangible para los operadores jurídicos.

Es claro que todos los numerosos servicios “gratis” que nos brinda internet *no lo son*. Los pagamos entregando nuestros datos. ¿O alguien puede entender otro motivo de por qué en una sociedad capitalista medios de comunicación y de interacción social tan masivos, y cuyos propietarios son empresas privadas con fines de lucro, siguen siendo gratuitos?

Software, servicios de mensajería, redes sociales son ofrecidos por los llamados “gigantes de internet” sin costo aparente. Ello, siempre y cuando aceptemos los términos y condiciones, que resultan ser contratos de adhesión que casi nadie lee (y, si se leen, nada puede hacerse para modificarlos; ni su contenido, como principio, será tenido en cuenta por el usuario durante la futura utilización de la herramienta) y que determinan lo que formalmente aceptamos entregar.

Obviamente en lo relativo a las relaciones laborales la revolución tecnológica también produce numerosos y re-

(*) Abogado independiente egresado de la UNMDP, maestrando en la Maestría de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la UNTREF dirigida por el Dr. Julio A. Grisolia (cursada aprobada y en proceso de elaboración de tesis), autor de libros, artículos y ponencias de la especialidad, expositor.

(**) Abogado independiente, especializado en derecho laboral (individual y colectivo). Autor de publicaciones y disertante en charlas sobre dicha materia. Docente universitario y miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho de la UNMDP. Coordinador académico del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

(***) Ingeniero en informática, especializado en Sistemas Operativos e Informática Forense. Autor y disertante de publicaciones acerca de dichas temáticas. Docente e investigador universitario en la Facultad de Ingeniería de la UNMDP y la Universidad FASTA. Perito informático.

(1) Término divulgado por YONEJI MASUDA en 1968, que fue trabajado hasta la actualidad por distintos autores (DANIEL BELL, HARVEY BROOKS, MANUEL CASTELLS, entre otros) y que se utiliza para indicar que hemos abandonado la “sociedad industrial”. Otros conceptos que pueden ser considerados asimilables en mayor o menor medida son “sociedad post-industrial”, “posfordismo”, “sociedad postmoderna”, “sociedad del conocimiento”, etc.

levantes cambios, no solo por las modificaciones en los sistemas de producción⁽²⁾, sino también en múltiples aspectos de la organización empresarial, que tienen íntima vinculación con las relaciones laborales.

En particular, las actuales posibilidades tecnológicas para la acumulación, tratamiento y utilización de gigantescos volúmenes de datos están afectando, en un proceso creciente y veloz, distintos aspectos del contrato de trabajo, tanto en lo relativo a su inicio (y a la etapa precontractual) como a su desarrollo y extinción.

Pero, así como el análisis de temas específicos no puede realizarse correctamente si previamente no se los pone en contexto y no se cuenta con ciertas bases sobre aspectos más generales de la materia involucrada (en nuestro caso, el derecho del trabajo) e, incluso, en conocimientos aún más universales (en el caso que nos ocupa, la teoría general del derecho y la filosofía del derecho), de manera similar, los temas o desafíos nuevos que se presentan difícilmente reciban un tratamiento y solución adecuados si se olvidan los mencionados conocimientos generales.

Es por ello que consideramos que resulta esencial definir un punto de partida, y tenerlo como norte. En la temática que nos ocupa aquel está dado por el orden público laboral y el objetivo al que apunta su aplicación, es decir, mantener la vigencia del principio protectorio.

Es por ello por lo que incorporamos una breve reseña sobre el principio protectorio que rige en el derecho del trabajo y su vinculación con la actuación del orden público laboral.

Luego, pasamos a describir aspectos básicos vinculados al llamado *Big Data*.

Posteriormente, enumeramos algunos aspectos de las relaciones laborales que reciben, o se estima que pueden recibir, influencia de esta nueva tecnología, y realizamos algunas consideraciones relativas a las posibles respuestas que el derecho del trabajo puede brindar, tanto para las problemáticas que surjan de aquella incidencia como para utilizar el *Big Data* en favor del principio protectorio que rige esta rama del derecho. Se busca lograr que la utilización que hagan los empleadores (o potenciales empleadores, o sujetos vinculados con estos) del *Big Data* resulte compatible con el mandato protectorio que imponen el art. 14 bis de la CN, los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna al bloque de constitucionalidad federal, y los tratados internacionales (incluidos los Convenios de la OIT) ratificados por nuestro país y con jerarquía supralegal, conforme lo dispone el citado artículo.

Finalmente, esbozamos algunas primeras conclusiones sobre los aspectos tratados.

Conforme surge de los antecedentes de los autores, el presente aporte resulta un trabajo interdisciplinario, el cual nos parece esencial cuando se abordan temas complejos y novedosos como el que nos ocupa. Cabe advertir además que, tanto en la exposición de los aspectos jurídicos co-

(2) Esto ha dado lugar a que en los distintos períodos se hable de modelos fordista, taylorista, toyotista, etc., y hoy se advierte más claramente con las modificaciones producidas por la creciente robotización de los procesos productivos.

CONTENIDO

DOCTRINA

Big Data, relaciones laborales y principio protectorio, por Gustavo Montenegro, E. Damián Bes y Ariel Podestá (continuará en el próximo diario del 28 de septiembre de 2018) .. 1

JURISPRUDENCIA

Civil

Derechos del Consumidor: Relación de consumo: derecho de información; requisitos; fundamento; plan de ahorro; automotores; incumplimiento; fallecimiento del suscriptor; omisión del deber de informar; eximentes. **Daños y Perjuicios:** Responsabilidad objetiva: daños punitivos; requisitos; facultades judiciales. **Contratos:** Contrato de ahorro previo: promotores; mandatarios; agentes de comercio; teoría de la apariencia; expectativa jurídica creada. **Automotores:** Indemnización: privación de uso particular; reparación; cuantificación; falta de entrega de un 0 km. **Intereses:** Tasa: valores fijados a la época de la sentencia (CNCiv., sala F, junio 19-2018)..... 7

mo informáticos, hemos privilegiado hacerlo en la forma más clara y sencilla a nuestro alcance, para que el aporte resulte asequible para estudiosos y operadores de distintas ramas del conocimiento actual, ampliamente fragmentado, producto de la cada vez más pronunciada especialización del conocimiento. En ese entendimiento, se citan no solo obras de índole académica, sino también otras que podrían ser consideradas de divulgación, e incluso notas periodísticas que, además de facilitar una primera mirada sobre algunas aristas de la cuestión en estudio, demuestran la creciente actualidad e importancia del tema.

2 Principio protectorio y orden público laboral⁽³⁾

Sabido es que el principio fundamental del derecho del trabajo es el protectorio, a tal punto que algunos autores consideran que es el único principio, o principio “madre”, a partir del cual surgen como ramificaciones los restantes que actúan en esta rama del derecho. Por supuesto que de acuerdo con la posición iusfilosófica que el operador jurídico asuma la determinación de qué es un principio, y cómo este actúa, puede variar considerablemente, siendo probablemente los dos casos más simbólicos de tales diferencias las escuelas positivistas⁽⁴⁾ y del derecho natural⁽⁵⁾. Lo cierto es que, más allá de ese atrapante debate iusfilosófico, en nuestro ordenamiento jurídico el principio protectorio se encuentra expresamente receptado por normas positivas (art. 14 bis de la CN; arts. 7°, 8°, 9°, 12, 13, 14, 15, 38 a 44 de la LCT; art. 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, etc.).

Debido a que el derecho del trabajo tiende a regular relaciones intrínsecamente desiguales, en las que resulta consustancial la hiposuficiencia de una de las partes contratantes (v. gr., el trabajador/dependiente), en todas las etapas (precontractual, durante la vigencia del vínculo, al momento de su extinción, como incluso con posterioridad a ella), los medios técnicos de protección que establecen las normas laborales exigen que estas resulten imperativas. Esta “imperatividad” busca garantizar la eficacia de los derechos garantizados, impidiendo por tanto que sus disposiciones puedan ser soslayadas por la voluntad de los contratantes.

El hecho de que, pese a esta desigualdad inherente a las relaciones laborales individuales, de todas formas se haya resuelto regular tales vinculaciones a través de la figura del contrato es lo que lleva a utilizar la institución del orden público como herramienta tendiente a limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes. Y dicha utilización es en el ámbito del derecho del trabajo muy extendida y funciona como un límite al contractualismo mediante una sustracción normativa de contenidos⁽⁶⁾.

Es por ello por lo que en el derecho del trabajo la amplia mayoría de las normas resultan imperativas, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho privado (especialmente en materia de obligaciones y contratos –aun cuando el derecho del consumo está generando profundos cambios también en estas ramas–), siendo residuales los casos en que existen normas dispositivas. Por ejemplo, lo establecido por los arts. 167 (sobre días no laborales) y 236 (sobre preaviso) de la LCT. No obstante, como lo destacara VÁZQUEZ VIALARD⁽⁷⁾, debe tenerse en cuenta que

tal afirmación es válida respecto de las disposiciones que establecen derechos en favor de los trabajadores.

Siguiendo a HORACIO DE LA FUENTE⁽⁸⁾ podemos señalar que el “orden público institución” puede ser considerado como la herramienta técnica que utiliza el ordenamiento jurídico para hacer prevalecer los intereses generales de la sociedad por sobre los particulares, básicamente (aunque no exclusivamente) a través de limitar la autonomía de la voluntad. Mientras que por su parte el “orden público objeto”⁽⁹⁾ viene a significar el interés general de la sociedad (en determinado tiempo y espacio) en materia no solo política sino también social y económica, cuyo contenido es determinado por los órganos competentes (el Poder Legislativo y el Judicial) y que, si se encuentra comprometido, es protegido por el orden público institución.

La herramienta orden público institución tiene por objetivo lograr el respeto al contenido propio del orden público objeto. Este contenido, si bien puede ser determinado tanto por la ley como por el órgano jurisdiccional, no queda librado a la exclusiva voluntad del legislador o del juez, sino que ineludiblemente se encuentra enmarcado y condicionado por las pautas que emanan de la Constitución Nacional y del derecho internacional aplicable, en particular en el ámbito del derecho laboral, del derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁰⁾.

Veamos ahora cómo funciona el orden público laboral⁽¹¹⁾, con especial referencia al derecho individual del trabajo. Analizado desde las etapas del contrato de trabajo, tradicionalmente se ha entendido que el orden público funciona *al momento de celebrarse* aquel (regulando, entre otras cuestiones, la capacidad de las partes, las modalidades contractuales aplicables al caso, las fuentes de regulación de dicho vínculo, etc.), *durante su vigencia* (estableciendo imperativamente diversos aspectos como la extensión de la jornada, la remuneración y su protección, los derechos y deberes de las partes, etc.) y *en ciertos aspectos vinculados con su extinción* (estableciendo las reparaciones que surgen de ella, regulando el concepto de injuria grave que permita producir el despido con justa causa y sin obligación indemnizatoria, aspectos formales de la extinción, etc.) e, incluso, *otros posteriores* a que se produzca el distracto (el caso claro de las normas de los arts. 15 y 277 de la LCT).

Durante la vigencia del contrato de trabajo, dentro de las numerosas normas de orden público que incluye nuestra legislación, destacamos las siguientes:

- El art. 7° de la LCT determina que la voluntad de las partes no puede disminuir ni afectar los derechos reconocidos a favor del trabajador por las normas legales o convencionales (o laudos con fuerza equivalente a estas últimas). Es decir que esta norma concreta la ya mencionada sustracción normativa de contenido, por lo que la autonomía de la voluntad no puede actuar para reducir o afectar derechos de los trabajadores que tengan fuente legal o convencional, sino solo para otorgar mayores beneficios al débil jurídico que goza de preferente tutela constitucional.

- El art. 12 de la LCT sienta el principio de la nulidad de todo acuerdo que suprima o reduzca los derechos a favor del trabajador que surjan de las leyes, las convenciones colectivas de trabajo o, según su texto actual, el propio contrato de trabajo. Tal irrenunciabilidad es uno de los efectos propios de los derechos reconocidos por normas de orden público. Se trata de una expresión del principio protectorio que prima en el derecho laboral y constituye uno de los principales medios técnicos de protección frente a la desigualdad existente entre las partes del contrato de trabajo.

- El art. 13 de la LCT, luego de expresar que las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenios colectivos de trabajo serán nulas, especifica

(8) DE LA FUENTE, HORACIO H., *Orden público*, Buenos Aires, Astrea, 2003, pág. 17 y sigs.; y del mismo autor: *Orden público laboral. Primera parte*, DT, 2009, enero, pág. 1 y sigs.; *Orden público laboral. Segunda parte*, DT, 2009, febrero, pág. 127 y sigs.

(9) Para otros autores se trata del conjunto de principios eminentes que conforman a determinada sociedad.

(10) Conf. ASSEF, LUCÍA, *La noción de orden público: entre la tópica jurídica y el análisis crítico del discurso*, ponencia presentada en las XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, en Córdoba, los días 30 de octubre a 1° de noviembre de 2003.

(11) Aclaremos que, en nuestro criterio, la noción de orden público es unitaria, no obstante lo cual, su actuación en el ámbito del derecho del trabajo tiene algunas particularidades propias de esta rama. Por ello, cuando nos referimos a un orden público laboral queremos señalar tales connotaciones, pero sin que ello signifique postular la existencia de un orden público distinto del que opera en el resto del derecho.

que estas se considerarán sustituidas de pleno derecho por dichas normas imperativas. Se advierte entonces la preocupación del legislador por evitar que la nulidad de determinada cláusula del contrato pueda derivar en la extinción de este, lo cual es razonable teniendo en cuenta el principio de conservación del contrato de trabajo que establece el art. 10 de la LCT, la especial naturaleza de este tipo de vínculo contractual y lo que representa para el trabajador el mantenimiento de este.

La jurisprudencia y la doctrina eran en general renuentes para admitir una actuación amplia del orden público fuera de estos casos, siendo emblemáticos los debates producidos respecto de la razonabilidad y constitucionalidad de limitaciones respecto del derecho a contratar y a extinguir el contrato (incluso se debatió si el despido era un acto ilícito o no). Si bien el análisis de estas situaciones excede los alcances de este aporte, conviene al menos remarcar la creciente injerencia del orden público en al menos dos aspectos:

- La imposición de limitaciones sobre la libertad de contratar al momento de seleccionar qué trabajador será contratado. Dos casos emblemáticos al respecto han sido los vinculados con las discriminaciones por razones de género⁽¹²⁾ y de contratación de trabajadores discapacitados⁽¹³⁾.

- Límites a la facultad de despedir derivadas de la nulidad del acto rescisorio y consiguiente reincorporación del trabajador. En este sentido, el caso tradicional fue el contemplado por el art. 52 de la ley 23.551, cuyo ámbito de actuación se ha ido ampliando jurisprudencialmente, y a ello se agregaron los casos de despidos discriminatorios encuadrados en el art. 1° de la ley 23.592, los cuales pueden responder a razones sindicales, religiosas, étnicas, de salud, género, orientación sexual, etc.; así como también la figura del llamado despido-represalia y, con mayor amplitud, los llamados despidos que vulneren derechos fundamentales de los trabajadores⁽¹⁴⁾.

Este esquema es el que ha regido, y rige, nuestro ordenamiento jurídico. Desarrollado progresivamente, teniendo en cuenta las necesidades de relaciones laborales propias del trabajo industrial y, en menor medida, vinculadas con la prestación de servicios. Sin embargo, nos parece crecientemente necesario advertir los cambios que se están produciendo en nuestra sociedad y en las relaciones laborales para pensar regulaciones normativas que resulten más adecuadas y eficaces.

3 La tecnología. Precisiones preliminares. Unificando conceptos

Inicialmente existen definiciones mínimas que debemos manejar los operadores del derecho y a las que hemos hecho referencia en otros trabajos⁽¹⁵⁾. A modo de síntesis enunciamos:

• Hardware

Soporte físico, equipos con los que se procesa información. Los ejemplos cotidianos nos rodean. Algunos son autosuficientes (ej., teléfono inteligente, computadoras portátiles, etc.) y otros requieren de *hardware* periférico (ej., la computadora personal [PC] de escritorio, que tiene monitor, teclado, *mouse*, etc.).

• Software

Soporte lógico, programas realizados que permiten al *hardware* desde funcionar (como los conocidos sistemas operativos Linux o Windows) hasta ser operado en cuestiones específicas (para procesar texto, por ejemplo, el programa Word). Vale aclarar que distintos tipos de *hardware* (teléfono inteligente y PC) pueden compartir el mismo *software* de base (por ejemplo, Android) o sus respectivas adaptaciones.

(12) Dos casos relevantes en la materia son los fallos de la CNCiv., sala H, en autos “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A. s/amparo”, del 16-2-02, Id SAU: FA02020188; y CS, en autos “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Taldelva S.R.L. y otros s/amparo”, del 20-5-14, Id SAU: FA14000071.

(13) Donde tiene relevancia lo dispuesto por la ley 22.431 y sus modificatorias.

(14) Un interesante desarrollo sobre el punto puede verse en ORSINI, JUAN I., *Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales*, en *Derecho del trabajo y derechos humanos*, Luis E. Ramírez (coord.), Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2008, pág. 113 y sigs.

(15) BES, E. DAMIÁN, *Prueba digital y su inclusión en el procedimiento laboral*, Revista Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, 2014-2, págs. 367/369.

(3) Los desarrollos del presente capítulo se basan en los más extensos realizados sobre la temática del orden público por el coautor GUSTAVO MONTENEGRO en el libro realizado en coautoría con los Dres. GUSTAVO ESPARZA y MELCHOR FIGUEROA, *El orden público en el derecho privado*, Mar del Plata, Ed. Martín, 2018, los cuales han sido adaptados para las necesidades del presente trabajo.

(4) Esta posición puede verse en MONTAÑA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 220, y es receptada en nuestro ámbito nacional por FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada*, 1° ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, t. I, pág. 113, cuando indica: “Los principios son las ideas fundamentales de la organización jurídico-laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, dándole determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen, resultando indispensables para aplicar rectamente las normas”, idea que es complementada por este último autor en la pág. 277 del tomo citado.

(5) Como exponentes de esta posición, aunque con divergencias conceptuales importantes entre sí, mencionamos las posiciones de ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2017; DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2017 y *Una cuestión de principios*, 2° ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2017.

(6) Conf. ÁLVAREZ, EDUARDO, *Autonomía de la voluntad e irrenunciabilidad de derechos*, DT, XLVIII-A, pág. 891 y sigs.

(7) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Vázquez Vialard (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, t. I, pág. 143.

• **Información**
Nos referimos a todo lo que se encuentra incorporado, procesado y almacenado mediante el *software* y el *hardware*. Los ejemplos son múltiples y van desde el texto incorporado en un correo electrónico hasta una foto digital. Dependiendo del equipo y del programa, será más o menos difícil de acceder.

• **Persona física, usuario e identidad virtual**
En este punto cabe hacer una aclaración. En el lenguaje “común” el término “usuario” hace referencia a la dupla “persona física” y su “identidad virtual” dentro de un sistema. Pero esto no es correcto. No necesariamente la relación será siempre de uno a uno, ni tampoco la identidad virtual representará en forma fidedigna a la persona. De allí surgen los conflictos de interpretación.

“Usuario”, en informática, es una entidad lógica dentro de un sistema de computación que puede ser utilizada por un número indeterminado de personas físicas o no. En el contexto de un sistema pueden existir usuarios virtuales que no representan a ninguna persona física o, por el contrario, muchas de ellas que comparten una misma identidad virtual. Lo que comúnmente se espera es que se respete la correlación “un usuario por persona física”. Pero para eso hay que utilizar ciertos mecanismos que den esa garantía. Sin ella, es posible caer en una apreciación errónea en la que se le atribuye a un individuo determinada actividad que no ha realizado.

En definitiva, la “persona física” habitualmente utiliza un “usuario” en un sistema, que es su “identidad virtual” en ese contexto. No obstante, en el lenguaje común, no especializado, y en el contexto de un sistema informático se suele tratar indistintamente usuario y persona.

Como se mencionó previamente, en orden a garantizar esta relación “usuario-persona física”, es necesario resolver cuestiones tanto técnicas como legales. A nivel técnico el individuo que comienza a utilizar un sistema tomando la identidad virtual de un “usuario” debe pasar por dos procesos: identificación y autenticación.

Identificación es el proceso por el cual la persona dice quién es en el ámbito del sistema (el usuario). Autenticación, por otra parte, es el proceso por el cual el individuo acredita efectivamente que es quien dice ser⁽¹⁶⁾.

Para ambos mecanismos (identificación y autenticación) existen diferentes tecnologías que los implementan. En cuanto a la “identificación”, el método más conocido es el ingreso del “nombre de usuario”, pero existen otras variantes muy utilizadas, como ser el uso de tarjeta magnética. Para “autenticar” un usuario existen también diversos modos de hacerlo. El más utilizado es el ingreso de una contraseña. Pero análogamente al caso anterior existen también otros modos, como ser el uso de huella digital, iris, rostro, etc. Si analizamos estos últimos, descubrimos que como mecanismos biométricos sirven tanto para identificar como para autenticar usuarios.

Es menester tener en cuenta que, más allá de las diferencias entre las tecnologías utilizadas para reconocer la identidad virtual de una persona, en todas ellas existen vulnerabilidades que dependiendo de su implementación pueden dejar a un sistema más o menos expuesto a suplantaciones de identidad. Esto pone en riesgo la garantía de que se respete la correlación persona-usuario.

A nivel legal cada individuo en una organización bien podría comprometerse, a través de los instrumentos jurídicos correspondientes, a no compartir sus credenciales de acceso a determinados sistemas. De ese modo y con el sustento tecnológico correcto sería posible atribuir la actividad de un “usuario” a una “persona física”. De todas maneras, cada caso es particular y ante un conflicto se debe analizar en profundidad su entorno informático.

• **Datos personales**
Todos aquellos datos que nos identifican como individuos y que permiten individualizar a un usuario. Desde el nombre y apellido hasta la imagen, pasando por cualquier dato que de ser vulnerado perjudique nuestro derecho a la intimidad⁽¹⁷⁾.

• **Algoritmo**
Secuencia finita y ordenada de pasos cuyo objetivo es resolver un problema. Cuando se menciona, se hace refe-

rencia a un conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite, mediante algún cálculo, hallar la solución de un tipo de problema.

• **Unidades de medida virtual**
Resulta imprescindible comprender qué tipo de unidades de medida se utilizan para poder asimilar la cantidad de información que se está procesando. A modo de referencia, la escala es la siguiente:

Número de bytes	Múltiplo	Denominación	Equivalencia aproximada
1	1 B	BYTE	Una letra.
1000	1 KB	KILOBYTE	Una página.
1.000.000	1 MB	MEGABYTE	Una novela promedio.
1.000.000.000	1 GB	GIGABYTE	
1.000.000.000.000	1 TB	TERABYTE	
1.000.000.000.000.000	1 PB	PETABYTE	
1.000.000.000.000.000.000	1 EB	EXABYTE	Información almacenada en internet al 2001.
1.000.000.000.000.000.000.000	1 ZB	ZETTABYTE	5ZB información almacenada digitalmente al 2014
1.000.000.000.000.000.000.000.000	1 YB	YOTTABYTE	

Lo que al lector le debe quedar claro de esta referencia es que la diferencia entre cantidades implica diferencia de costos, en *software* y en *hardware*, para el proceso, administración y almacenamiento de los datos.

Para ayudarnos a visualizar el volumen de información manejado, MARTÍN HILBERT utiliza varios ejemplos⁽¹⁸⁾. El más ilustrativo es que si imprimiéramos toda la información disponible al 2014, existiría una biblioteca entera del congreso de Estados Unidos por habitante de la tierra. Otra forma de verlo sería hacer pilas de papel con la información, que llegarían al sol 4500 veces, un número impensado y tremendamente significativo, que él sostiene que se duplica cada tres años (con lo cual la estimación al 2018 es que llega al sol más de 9000 veces).

Una aclaración de índole técnica es que, si bien la escala transcripta es aceptada como correcta, es posible encontrar correlaciones entre unidades que sean ligeramente diferentes de las presentadas en la tabla, en las que el múltiplo entre denominaciones sea de 1024 en lugar de 1000. Así, un KB podría figurar como igual a 1024 B, un MB igual a 1024 KB y así sucesivamente. Esta diferencia surge de la naturaleza de los equipos computacionales, en la que el concepto de base es el sistema binario y todo múltiplo se conforma como una potencia de 2. Desde ese enfoque se establece el cambio de denominación cada 1024, que es igual a 2 elevado a la décima potencia (2¹⁰). El ser humano, en cambio, está acostumbrado a utilizar múltiplos de 10, donde, por ejemplo, 1000 es igual a 10 elevado a la tercera potencia (10³).

Para diferenciar ambas equivalencias, aquellas basadas en potencias de 2 y las basadas en potencias de 10, se estandarizaron los siguientes términos, que hacen referencia al sistema binario:

Número de bytes	Potencia de 2	Múltiplo	Denominación
1	2 ⁰	1 B	BYTE
1024	2 ¹⁰	1 KiB	KIBIBYTE
1048576	2 ²⁰	1 MiB	MEBIBYTE
1073741824	2 ³⁰	1 GiB	GIBIBYTE
1099511627776	2 ⁴⁰	1 TiB	TEBIBYTE
1125899906842624	2 ⁵⁰	1 PiB	PEBIBYTE
1152921504606846976	2 ⁶⁰	1 EiB	EXBIBYTE
1180591620717411303424	2 ⁷⁰	1 ZiB	ZEBIBYTE
1208925819614629174706176	2 ⁸⁰	1 YiB	YOBIBYTE

Teniendo en cuenta estas diferencias, lo que el lector debe recordar es que es posible que se encuentre con expresiones de tamaño cuya equivalencia le resulte inconsistente. Por ejemplo, “96 KB = 98.304 bytes” cuando en realidad la expresión correcta es 96 KiB = 98.304 bytes.

• **Big Data**
Esta frase de origen sajón excede la traducción literal de sus palabras. Hoy en día se utiliza sin discusión para referirse a un conjunto de datos (o combinaciones de conjuntos de datos) cuyo *tamaño* (volumen de datos almacenados), *complejidad* (diversidad y variabilidad de dichos datos) y *mutabilidad* (crecimiento o expansión de los valores “tamaño” y “complejidad”) hacen necesarias herramientas especiales para su análisis. Resulta imposible con herramientas convencionales obtener de dicho conjunto de datos información útil en tiempo adecuado, por lo que requiere su procesamiento con herramientas específicas.

Trabaja sobre dos pilares.
No hay unicidad de criterios sobre el volumen necesario para definir qué se considera *Big Data*, pero diversas fuentes consultadas indican que 25 Terabytes sería un mínimo. En cuanto al tipo de datos, básicamente todo dato digitalizado generado por la tecnología moderna puede ser considerado tal (v. gr., redes sociales, búsquedas en internet, *weblogs*, sensores incorporados a dispositivos, registros de llamadas y un interminable etcétera). Se comenzó a encontrar la utilidad de estos datos al poder utilizarlos como referencias o marcadores de ciertas tendencias de comportamientos humanos. Resulta que, hasta esta época, las estadísticas se sacaban a pedido, y de manera posterior (ejemplo: encuestas). Con *Big Data*, los comportamientos del ser humano son medibles en tiempo real, lo que permite a quien analice dichos datos acertar con mayor precisión e inmediatez en los resultados futuros en los comportamientos de “la mayoría”.

Seamos claros, al *Big Data* no le interesa el comportamiento de cada persona en particular⁽¹⁹⁾, pero se nutre de lo que hace cada uno para generar estadísticas que permiten intentar saber (con grados de eficacia altísimos y nunca vistos en las ciencias sociales) qué conducta tomará la mayoría. Es una herramienta de predicción, basándose en conductas del pasado. Algunos también utilizan como sinónimo el concepto de “huella digital”.

No dudamos en afirmar que todo ser humano, más tarde o más temprano, comenzará a utilizar con cotidianeidad estos sistemas (ya sea voluntariamente o de manera forzada, como, por ejemplo, se puede dar en el trabajo).

Esto tiene impactos enormes en todas las áreas, especialmente en política y economía... y, como no podía ser de otra manera, dentro de las relaciones de trabajo en general. Por este motivo, el derecho laboral deberá intentar (una vez más) estar a la vanguardia y ofrecer soluciones a los problemas que hoy mismo se generan por la falta de regulación sobre el uso de esta tecnología.

• **Algoritmo de Big Data**
Dentro de este trabajo utilizaremos esta expresión cuando queramos expresarnos sobre secuencias de instrucciones de programación para que el *hardware* procese grandes lotes de información y, mediante *software* apropiado, permita obtener datos resumidos representativos de la información original. Internamente los algoritmos son complejas secuencias de programación. Los resultados obtenidos permiten al usuario sacar conclusiones y proyectar predicciones sobre determinados comportamientos humanos.

• **Analítica predictiva**
Se usa este concepto para referirse a un conjunto de técnicas y metodologías aplicadas en el procesamiento de datos históricos que permiten predecir comportamientos futuros con cierto grado de certeza. Se trata de predecir lo que va a venir en función de lo que se sabe. Es natural pensar en que siempre se tratará de conductas humanas, pero no es solo eso. Virtualmente cualquier ente podría ser objeto de análisis predictivo.

En el caso de las personas, los ejemplos son múltiples y conocidos, podríamos querer saber “cual” será su tendencia al consumo de cierta indumentaria, qué tipo de vehículos les interesará, cuál será su grado de interés en el estudio de carreras universitarias, qué riesgo de desarrollar condiciones médicas particulares tienen, y la lista no tiene fin.

Pero si hablamos de vehículos, bien nos podría interesar el tiempo de vida útil esperado en determinadas condiciones, cuáles serán los componentes con más desgaste, etc.

El predecir el futuro sin duda genera un ilimitado número de oportunidades. Saber qué ofrecer en determinado

(16) TANENBAUM, ANDREW S., *Sistemas operativos modernos*, 3º ed., Pearson Prentice Hall.

(17) Un estudio profundo de la cuestión puede verse en TRAVIESO, JUAN A., *Régimen jurídico de los datos personales*, Buenos Aires, La Ley, 2014.

(18) Conferencia magistral de HILBERT en la Contraloría General de Chile, en 2017, disponible en <https://youtu.be/WMsSjrte6s4>.

(19) Ello como pauta de análisis y sin perjuicio de que la información acumulada pueda desagregarse a nivel individual y pueda resultar de interés de quien tiene acceso a aquella.

momento o, por el contrario, de qué hay que abstenerse es una ventaja desequilibrante.

Los nichos en los que mayormente se aplica este tipo de metodologías se encuentran habitualmente en el ámbito del *marketing*, servicios financieros, compañías de seguros y servicios de salud, entre otros.

De todas maneras, es preciso mencionar que ni las predicciones son absolutamente certeras ni es tan sencillo llevar a cabo este tipo de técnicas. No se trata solamente de contar con datos históricos y proyectar a futuro el mismo comportamiento que el pasado. Es claro en el caso de las personas, por ejemplo, que sus intereses varían conforme la edad. Y ahí es donde resulta necesaria la segmentación de la información. Ya que, conforme avanza el tiempo, existe en el sujeto un deseo de progreso que lo lleva a modificar en parte sus objetivos. De ese modo no solo alcanza con datos históricos, sino que se requiere del auxilio de conceptos provenientes de otros ámbitos que no están presentes en los datos recolectados. Distintas ciencias sociales como la psicología y la sociología pueden hacer un aporte concreto en estos algoritmos de predicción.

Asimismo, las predicciones generan ciclos repetitivos. Es decir, difícilmente se pueda innovar si uno solo trabaja para replicar comportamientos. Un uso irrazonable de esta tecnología podría llevar a que se repiense uno de los postulados más criticados de FRIEDRICH NIETZSCHE acerca del “eterno retorno”. Por otra parte, resulta paradójal que la tecnología, que con su velocidad actual de avance provoca modificaciones y rupturas constantes en las conductas humanas y en el devenir histórico, pueda tener ahora un efecto de consolidación de los comportamientos humanos, de atemperar las ideas innovadoras (ello, claro, a nivel conceptual y como planteo general, más allá de que, dependiendo de quién, cómo y para qué utilice el *Big Data*, es posible que logre incidir de distintas formas en el comportamiento humano y, por ende, lograr resultados diversos).

No obstante lo dicho, la analítica predictiva se muestra hoy como una nueva herramienta (aún en evolución) que presenta potencialmente grandes beneficios y desafíos.

4 Análisis general del *Big Data*

Teniendo presentes las aclaraciones terminológicas formuladas podemos ahora ahondar en algunos aspectos más específicos del *Big Data*.

4.1. Herramientas que utiliza y su alcance

El concepto de *Big Data* que dimos al inicio implica costos y herramientas, es decir, requiere determinado nivel de tecnología disponible. A modo enunciativo, las englobamos en tres categorías:

- **Hardware:** Es el equipamiento electrónico necesario para almacenar y procesar la información. No se trata de una simple computadora, sino de cierta cantidad de equipos funcionando en paralelo. Según el tamaño de la información y de los algoritmos aplicados será el volumen de equipamiento utilizado. Desde un equipo hogareño operando sobre un arreglo de discos rígidos hasta miles de computadoras especializadas distribuidas por todo el planeta es el rango de posibles escenarios que se puede encontrar en términos de *hardware* aplicado a *Big Data*.

En este punto, uno de los conceptos más comúnmente escuchados es el de “granja de servidores” que consiste en un conjunto de equipos interconectados, habitualmente muy potentes y diseñados para trabajar en paralelo, que se encuentran en un mismo lugar físico y que se los utiliza para aplicar algoritmos complejos sobre cantidades de información inmanejables para un único equipo. La particularidad que suelen tener estos sistemas es que el *hardware* es fácilmente ampliable, ofreciendo esa flexibilidad que *Big Data* necesita debido al aumento exponencial permanente de cantidad de información. En sí, el concepto es de *hardware* “modular”. Esto permite agregar “módulos”, ampliando así la potencia. Una de las tecnologías conocidas que respetan este principio es *Blade*. Los servidores *Blade* son equipos que al funcionar paralelamente pueden ser conectados y desconectados en caliente, con un mínimo de impacto en el funcionamiento y disponibilidad del conjunto.

- **Software de almacenamiento:** Análogamente a lo que ocurre con el *hardware*, el *software* corre una suerte similar en términos de evolución. Debe necesariamente estar preparado para adaptarse a los incrementos constantes en el volumen de la información.

Un *software* que supervise y administre el almacenamiento de datos en este contexto indefectiblemente debe tener la capacidad de distribuir correcta y rápidamente la información entre todos los equipos disponibles. Y, sin perjuicio de lo anterior, también debe ser capaz de paralelizar operaciones de lectoescritura cuando se requiere operar con los datos almacenados. Todo ello siempre manteniendo la ineludible consistencia de la información.

Una de las tecnologías más resonantes en este punto es “Hadoop”, utilizada incluso por Google para ofrecer servicios de *Big Data* a sus clientes. Otras conocidas como “Solr”, “MongoDB” o “RainStor” también son protagonistas en este ámbito.

- **Software de Data Mining (o minería de datos):** Una vez que los datos están correctamente almacenados, el primer paso en el proceso de *Big Data* es obtener precisamente aquella información que es realmente relevante para el caso por analizar. Las herramientas de *Data Mining* son aquellas especializadas para esta actividad, y permiten procesar y obtener automáticamente la información deseada, según los criterios que el usuario le establezca. Algunos ejemplos en este campo pueden ser “IBM SPSS Modeler”, “KNIME” y “RapidMiner”.

- **Software de análisis de datos:** Una vez obtenidos los datos deseados, la siguiente fase es su análisis. Esta tarea se puede desempeñar con diferentes propósitos. Por ejemplo, descubrir patrones ocultos, visualizar estadísticas, revelar tendencias, etc. Para esta tarea existen ciertas herramientas especializadas, como ser “Presto”, “SAP HANA”, “Tableau” o “SplunkHunk”.

- **Software de visualización de datos:** A pesar de que la etapa de “análisis de datos” ya entrega información procesada de valor, el resultado sigue siendo una serie de datos en crudo. La forma de presentarlos puede determinar la correcta percepción de la situación o no. En este punto, el uso de otros recursos tales como gráficos que sintetizan comportamientos puede ser imprescindible, o cuando menos altamente conveniente. Aplicaciones como “Plotly”, “DataHero” y “QlikView” son ejemplos de *software* especializado en representaciones de datos.

De todas maneras, este punto es un requisito que no impacta tanto a los efectos directos del *Big Data*, sino que es más bien una necesidad, para poder mostrarle a quien no maneja aspectos técnicos de los puntos anteriores y requiere ver los resultados del procesamiento de manera clara y comprensible.

4.2. Titularidad de los datos

Este tema es de suma actualidad. No hay dudas de que cada persona es titular de sus datos personales, y “debería” poder disponer de la forma y tratamiento que se les da. En la práctica, esto no sucede. Los Estados trabajan “desde atrás” y con amplia desventaja buscando evitar que los datos de los usuarios puedan usarse sin autorización. Se han detectado en el mundo numerosos casos de utilización de esta información con fines comerciales, electorales y de vigilancia.

El ejemplo más emblemático es el de la empresa creada en 2013 “Cambridge Analytica” y su intervención en las campañas electorales que terminaron con el abandono del Reino Unido de la Unión Europea –proceso conocido como *Brexit*–; o el que concluyó con Donald Trump como presidente de Estados Unidos (es decir, con éxito para quienes fueron sus clientes). La empresa analizó datos y determinó una comunicación estratégica. Lo que es materia de análisis es la obtención de estos, y la complicidad o vulnerabilidad de Facebook como proveedor de aquellos.

Dicho esto, no podemos dejar de pensar en todos los casos no detectados.

Este contexto global provoca, por ejemplo, que en nuestro país se encuentre en revisión la Ley de Protección de Datos Personales 25.326, sancionada en octubre de 2000. Un antecedente importante de esta revisión es el reciente cambio incorporado en la Unión Europea denominado *Reglamento General de Protección de Datos* (GDPR, por sus siglas en inglés), vigente desde el 25-5-18. El viejo continente busca proteger (legislativamente, al menos) los datos personales en la web para evitar que esta información sea explotada por terceros. Los mecanismos incorporados son fuertes sanciones pecuniarias ante incumplimientos de hasta 20 millones de euros (o el 4 % de la facturación anual). Como anécdotas, vale señalar que, al día siguiente de la puesta en marcha de este reglamento, un grupo austríaco (Noyb.eu) acusó a Google y a Facebook de violarlo, lo que evidencia la conflictividad de este

tema. Y a meses de su funcionamiento, Facebook mudó su sede de operaciones internacionales de Irlanda a Estados Unidos de Norteamérica (país en el que no rige el GDPR y su normativa es más flexible).

De todas maneras, es imprescindible tener en claro el contexto tecnológico con el cual las disposiciones legales tienen que lidiar. El control absoluto de toda actividad realizada por el megalítico equipamiento informático dispuesto alrededor de todo el mundo es virtualmente imposible.

Lo que resulta conveniente y relevante que el lector comprenda es que desde el momento en que sube un dato a internet (sea cual sea: texto, imagen, audio, etc.) deja de tener completo dominio sobre aquel. Básicamente, la entidad que lo recibe no lo eliminará jamás si así lo desea. A nivel tecnológico tiene sobrados recursos para mantener una réplica, aun si por disposición legal se le ordena eliminarlo.

Una entidad de colosales dimensiones, como lo son Google, Amazon, Microsoft, Facebook, etc., puede presentar tantas dificultades para garantizar la eliminación de un dato que podría ser simplemente inútil pedírselo. Técnicas de cifrado y distribución de *backups* por redes propias alrededor de todo el planeta son recursos de los que disponen, que les permiten disponer de los datos indefinidamente “aparentando” que no los tienen.

Pero, para la tranquilidad del lector, esto no quiere decir que, si en un momento aparecen en alguno de los gigantes de internet mencionados, imágenes agraviantes suyas y él por vías legales le solicita quitarlas, la empresa no lo hará. Todo lo contrario. Este tipo de entidades suele ser muy respetuosa de las disposiciones legales y de las resoluciones judiciales (para esa clase de situaciones). Lo que se quiere transmitir aquí es que, si bien la empresa podría quitar dichas imágenes de todo perfil en el que aparezcan, esto no quiere decir que las elimine de sus grandes bases de datos.

Finalmente, es menester que también se entienda que no se trata solo de los archivos subidos a internet, sino de potencialmente todo el tráfico generado por el uso de los sistemas. Contraseñas, *links* accedidos, búsquedas realizadas, mensajes enviados por cualquier servicio (Whatsapp, Instagram, Telegram, SMS), etc. Todo lo mencionado son ejemplos no siempre contemplados en el estudio de esta temática.

4.3. Qué puede lograrse con *Big Data*

En la actualidad no están determinados los alcances que tiene el manejo de la información. Está claro que se utiliza para medir todos los aspectos de la vida moderna, pero, por ejemplo, conociendo el “estilo de vida” voluntariamente volcado en las redes sociales se puede recabar información sobre intereses, creencias religiosas y políticas propias y de nuestros amigos o contactos.

Luego, con ello, se pueden establecer perfiles por zona geográfica, rango etario o educativo, para dirigir campañas de publicidad y generar necesidades y conductas.

Estas, y esto es lo que resulta central del diseño, pueden tornarse imperceptibles para el destinatario, llevando al individuo a desarrollar ideas o pensamientos que cree y asimila como propios (o elaborados por él) a partir de la obtención de la información disponible, supuestamente bajo su personal criterio de selección y ponderación, y que le es brindada en forma neutra, sin limitaciones ni sesgos. Ideas que, en realidad, resultan del producto de la injerencia externa, y subrepticia, realizada por quien “inició” la campaña.

MARTIN HILBERT, doctor en ciencias económicas y sociales, profesor de la Universidad de California, dice que *Big Data*, para las ciencias sociales, será lo que el telescopio fue para la astronomía, o lo que el microscopio para la biología. Considera que permitirá a las ciencias sociales ser verdaderamente una ciencia que pueda hacer predicciones con porcentajes de aciertos mucho más elevados que los actuales y más cercanos a los de las ciencias “duras”⁽²⁰⁾. Pero también advierte que, utilizada de manera inescrupulosa, puede destruir cualquier sistema democrático, principalmente mediante la manipulación de las personas y utilizando la propia información disponible en la web, curiosamente, por el accionar de ellos mismos.

Si bien aclara que el universo mensurable por estos medios no es aún representativo de toda la humanidad, en la medida que se cierre la brecha digital aumentará la representatividad de los datos que potencialmente se puedan obtener.

(20) Información disponible por el propio autor en su sitio web <https://www.martinhilbert.net/> mediante publicaciones, videos y enlaces.

Para finalizar el presente apartado destacamos que un aspecto relevante es que el *Big Data* es una herramienta útil para procesar la información y realizar con ella análisis predictivos de conductas humanas futuras, pero como principio no tiene interés (ni resulta explicativo acerca de ellos) en los motivos que llevan a tales conductas. En otras palabras, no resulta válido para realizar análisis causales.

4.4. Categorías de datos y su tratamiento

Como en casi todo, existen distintos tipos de “categorías de datos”. Cada entidad establecerá la categorización que crea conveniente según los algoritmos que aplique sobre aquellos. Su nivel de utilidad dependerá del contexto que se analice. Por ejemplo: si la entidad analiza tendencias de consumo a nivel general, se verá interesada en cuánto gasta cada individuo en las categorías de alimentos, transporte, recreación, salud, etc. De ese modo, el color de las prendas que la persona compre resultaría irrelevante. Con lo cual no hay necesidad de hacer una diferenciación en ese punto. Ahora bien, si el estudio es respecto de las tendencias de moda de vestimenta, tal vez sí en ese caso se le debe dar relevancia al dato del “color” de la ropa que se consume. Así es como, según el escenario de análisis, ciertos datos tendrán relevancia o no, y análogamente ciertas categorizaciones serán necesarias o no.

Por otra parte, dentro de quienes comercializan con información existen distintos valores sobre las bases de datos existentes, ya que a mayor cantidad de datos, mayores son las formas de tratamiento sobre aquellos, y mayores posibilidades de obtener conclusiones se obtienen, resultando muy propio de quien trabaja con *Big Data*.

A los efectos del presente, simplemente señalamos que a todo dato se le puede dar un valor o peso específico dentro del algoritmo de búsqueda. Luego, al ser ejecutado, el resultado será uno u otro dependiendo del peso que se le dio a cada dato. Cada cual establece las categorías de los datos y las formas de procesarlos que le sirva (dependiendo, claro está, de lo que esté buscando, ya que no es lo mismo quien busca generar una campaña para elegir presidente que quien busca un perfil de empleado no sindicalizado). Se advierte, en consecuencia, la relevancia de los criterios de selección y categorización que se utilicen en la obtención de los resultados y, con ello, la importancia de la subjetividad de quien determine aquellos criterios.

4.5. Predicciones y brecha digital

Big Data analiza el pasado. Visualiza las conductas ya realizadas, por ende, es comparable con una huella y sirve eficientemente para predecir conductas. No obstante, cuando toma los datos, parte de un defecto insalvable, ya que, como principio, no cubre la totalidad de los casos. En principio, solamente permite analizar las conductas de aquellos que están en internet. Un ejemplo que suele dar MARTIN HILBERT es que, de cada siete personas del mundo, dos están en Facebook. Es mucho, pero no la totalidad, y cualquier análisis será deficiente desde ese punto de partida.

Esto se debe a la denominada “brecha digital”, es decir, a la falta de acceso a internet en los distintos lugares del mundo, sumado a la mayor o menor velocidad de conexión. Es esta la primera limitante.

En consecuencia, y en el estado actual de situación, *Big Data* ha demostrado ser eficiente para predecir conductas, y con mecanismos de “marketing 2.0” denominados “filtros burbuja” (que veas en tus redes sociales publicidades diseñadas acordes a tu perfil) y “cámaras de eco” (que se intimiscuyen en tus contactos y aparezcan publicidades repetidas y sutiles simulando ser notas del interés de tu grupo de afinidad), ha probado su utilidad para incidir y modificar conductas humanas. Estos conceptos brevemente mencionados son materia del campo de la sociología y exceden el objetivo del presente trabajo, pero resultan necesarios para evidenciar la potencialidad del problema.

4.6. Expansión del tema

El servicio de *Big Data* se va a ofrecer a cualquier persona, con lo cual será para lo que cada interesado esté buscando. Desde una pequeña pyme que quiera hacer estadísticas y estudios de sus ventas hasta una multinacional que busque maneras más eficientes de penetrar nuevos mercados.

Big Data se hace con la “vida” literalmente de las personas, y esto va en aumento, sin conocer actualmente los límites. Las legislaciones nacionales e internacionales llegan tarde, y pocas veces les interesa a quienes operan con esto. Dónde estamos a cada segundo, qué comemos, cuán-

to dormimos, cómo evolucionamos o cambiamos en todo sentido, y un sinfín de etcéteras.

Quienes administren grandes bases de datos tendrán la posibilidad de predecir, con una probabilidad de acierto hasta ahora impensable con relación a las conductas humanas y las ciencias sociales, la conducta perfectamente definida de cada uno de nosotros y así serán mucho más eficaces en inducirnos a determinados comportamientos.

Varias voces comienzan a alzarse ante esta nueva realidad, que se instala vertiginosamente y con claros indicios de resultar imparable (con los riesgos que ello supone, incluido que se naturalice y acepte sin mayores reflexiones o análisis críticos). Aun quienes valoran las posibilidades y beneficios que esta nueva tecnología tiene señalan sus limitaciones, las posibilidades de utilizarla para fines valiosos y disvaliosos, la necesidad de desarrollar velozmente una teoría social para aplicar a la utilización de estas tecnologías “de la información” (y para analizar las consecuencias que estas producen en la sociedad), y cuestionan severamente la utilización política que se está realizando y el riesgo que conlleva para el sistema democrático⁽²¹⁾.

Desde una mirada más crítica y un análisis general propio de la filosofía, CHUL HAN⁽²²⁾ señala con contundencia: “La autodeterminación informativa es una parte esencial de la libertad. Ya en la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania sobre el censo nacional, en 1984, se afirma lo siguiente: ‘Serían incompatibles con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y su respectivo orden jurídico en los que el ciudadano no pudiera saber quién sabe de él, así como tampoco qué, cuándo y en qué ocasión se sabe de él’. No obstante, se trataba de una época en la que se creía que había que enfrentarse al Estado como a una instancia de dominación que arrebataba información a los ciudadanos contra su voluntad. Hace mucho que esa época quedó atrás. Hoy nos ponemos al desnudo sin ningún tipo de coacción ni de prescripción. Subimos a la red todo tipo de datos e informaciones sin saber quién, ni qué, ni cuándo, ni en qué lugar se sabe de nosotros. Este descontrol representa una crisis de libertad que se ha de tomar en serio. En vista de la cantidad y el tipo de información que de forma voluntaria se lanza a la red indiscriminadamente, el concepto de protección de datos se vuelve obsoleto. Nos dirigimos a la época de la psicopolítica digital. Avanza desde una vigilancia pasiva hacia un control activo. Nos precipita a una crisis de la libertad con mayor alcance, pues ahora afecta a la misma voluntad libre. El *Big Data* es un instrumento psicopolítico muy eficiente que permite adquirir un conocimiento integral de la dinámica inherente a la sociedad de la comunicación. Se trata de un conocimiento de dominación que permite intervenir en la psique y condicionarla a un nivel prerreflexivo. La apertura del futuro es constitutiva de la libertad de acción. Sin embargo, el *Big Data* permite hacer pronósticos sobre el comportamiento humano. De este modo, el futuro se convierte en predecible y controlable”.

Lo cierto es que el *Big Data* progresiva y rápidamente incide en distintas facetas de la actividad humana. Las vinculaciones con el ordenamiento jurídico son y serán crecientes. Ello así tanto en la administración pública (con influencia en el dictado de decretos, resoluciones, etc.) como en el Poder Legislativo (por su incidencia en la valoración que realicen los legisladores sobre la conveniencia o inconveniencia de regular ciertos aspectos de la realidad y hacerlo en uno u otro sentido, pudiendo crearse modelos que intenten predecir los efectos de tal o cual normativa) y en el Poder Judicial. Sobre este último aspecto, hoy ya son una realidad al alcance de los abogados los sistemas que tienden a predecir no solo la duración esperable de un proceso judicial, sino también su resultado y, con ello, brindar información relevante al profesional para diseñar la estrategia del caso⁽²³⁾.

(21) Para una aproximación a esta temática puede verse la opinión de MARTIN HILBERT en diversas entrevistas periodísticas, entre las que citamos: LISSARDY, GERARDO, *Martin Hilbert, gurú del Big Data: La democracia no está preparada para la era digital y está siendo destruida*, Nueva York, BBC Mundo, del 6-4-17, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39511606>; MARTÍNEZ SÁEZ, NICOLÁS, *La tecnología no es determinista, hay que construirla socialmente*, Mar del Plata, La Capital, 20-3-17, disponible en <https://www.lacapital-mdp.com/la-tecnologia-no-es-determinista-hay-que-construirla-socialmente/>, consulta realizada el 18-8-18.

(22) CHUL HAN, BYUNG, *Psicopolítica, neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, traducción de Alfredo Bergés, Barcelona, Herder, 2014, pág. 24 y sigs.

(23) En España este sistema ya se comercializa bajo la denominación de “Jurimetría”. En la página web de dicha empresa (<http://jurimetria.wolterskluwer.es/content/ComoFunciona.aspx>, consulta reali-

NOVEDADES 2018

OBRA COMPLETA

OBLIGACIONES

Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores

DANIEL BAUTISTA GUFFANTI



Tomo I

Año 2017
ISBN 978-987-3790-3-4
675 páginas



Tomo II

Año 2018
ISBN 978-987-3790-71-3
790 páginas

Venta telefónica (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

5 Vinculaciones entre el *Big Data* y las relaciones laborales

Expondremos a continuación algunos tópicos en los cuales consideramos que de alguna manera el *Big Data* puede tener incidencia en el marco de las relaciones laborales. Por supuesto que la novedad del tema, y los alcances que hemos dado al presente aporte, nos impiden desarrollar profundamente cada uno de los aspectos que se apuntarán. Nuestra pretensión es visibilizar estas cuestiones y, en la medida de nuestras posibilidades, producir algunos aportes tendientes a su posible tratamiento y eventual regulación, pero bien entendido que se trata de cuestiones complejas que requerirán futuros desarrollos. De allí que resulten bienvenidos los aportes superadores y críticas. Si el presente trabajo contribuye a poner el tema en debate, el objetivo estará cumplido.

Básicamente, analizaremos posibles intervenciones del *orden público laboral*, a los efectos de garantizar el *principio protectorio* como herramienta ante eventuales tensiones que puedan producirse con *Big Data*.

Algunas de las cuestiones que serán planteadas pueden tener una conexión más directa y evidente con el *Big Data*. En otras, la vinculación puede ser más tenue o indirecta. O, incluso, relacionarse con otras cuestiones propias de las

zada el 19-7-18) podemos leer: “Jurimetría sistematiza y extrae de forma exhaustiva la inteligencia que reside en un conjunto de más de 10 millones de resoluciones judiciales, procedentes de todas las instancias y órdenes jurisdiccionales de España, a las que se incorporan medio millón de nuevas resoluciones cada año. De la misma manera, se procesan, actualizan, enriquecen e integran de forma continua todos los parámetros de la estadística judicial de la totalidad de juzgados y tribunales de nuestro país, incluyendo información sobre la duración, congestión, resolución, pendencia y litigiosidad de nuestro sistema jurídico. Gracias a la analítica jurisprudencial predictiva, que integra poderosas herramientas de análisis cognitivo (*Machine Learning*, Procesamiento de Lenguaje Natural, algoritmos de similitud y proximidad) con soluciones muy versátiles de presentación visual, permite extraer y revelar patrones de éxito procesal inéditos, a partir del complejo entramado de millones de documentos jurisprudenciales y proporcionar una respuesta rápida y precisa a todas las cuestiones que pueden plantearse en torno a un proceso judicial y a la estrategia que mejor conduce al éxito. En conclusión, nos permite predecir con fiabilidad el resultado de un litigio, y por tanto, definir la mejor de las estrategias: negociar o afrontar un juicio”.

nuevas tecnologías, o con la llamada analítica predictiva, aun cuando esta se realice sobre un volumen de datos que no encuadre específicamente en lo que se considere como *Big Data*. Pero ocurre que en una temática tan novedosa como la que nos ocupa, y con relación a la cual no están claros los alcances de ella, y las posibilidades surgen y se desarrollan vertiginosamente al son de las nuevas tecnologías y las aplicaciones que de esta se realizan, no puede sostenerse, al menos con certeza, que las cuestiones que serán mencionadas no tengan, o puedan tener, vinculación con el *Big Data*. Hemos sostenido que un buen marco para tratar límites y alcances de la nueva tecnología en las relaciones laborales son los convenios colectivos de trabajo, en tanto en cuanto respeten los principios rectores⁽²⁴⁾. Evidentemente, ello también exige de asociaciones sindicales que tengan clara conciencia de la relevancia del tema y se encuentren adecuadamente asesoradas.

Asimismo, algunos temas que serán mencionados son problemáticas ya existentes en la actualidad, mientras que otros pueden considerarse incipientes o estimarse que comenzarán a ocurrir en la realidad en un futuro más o menos próximo. En algunos casos, puede parecer que algunos de los supuestos planteados pequen de excesivamente futuristas, pero conviene tener en cuenta que una de las características de los avances tecnológicos contemporáneos es su vertiginosidad y, como consecuencia de ello, la dificultad para prever la velocidad con que se producirán.

Formuladas tales aclaraciones previas, pasamos a enumerar algunos aspectos que nos parece que corresponde tener en cuenta, con breves desarrollos explicativos sobre la vinculación entre aquellos y el tema que nos convoca. Se agregan a ello aportes relativos al rol que, nos parece, podría tener el ordenamiento jurídico para regular las cuestiones. Esto último particularmente mediante la herramienta del orden público y a fin de lograr la vigencia del principio protectorio.

5.1. Big Data aplicado en la contratación de trabajadores

Tal como hemos visto en el capítulo 2), en las últimas décadas los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia vienen progresivamente consolidando la posibilidad de que el orden público laboral limite la autonomía de voluntad del empleador a la hora de seleccionar a quien contratará como trabajador dependiente. Incluso, tanto a nivel de la CS⁽²⁵⁾ como de la SC Buenos Aires⁽²⁶⁾, se han morigerado las exigencias probatorias en los casos en que se alega la existencia de un acto discriminatorio⁽²⁷⁾.

En ese marco, cabe advertir que la información incorporada a internet, o en general a las redes digitales, relativa a las opiniones o preferencias en materia política, religiosa, sexual, sindical, etc., de un candidato por ingresar a la empresa puede ser obtenida con relativa facilidad, incluso de sus propios perfiles públicos en redes sociales. Un aspecto particularmente importante puede estar dado por los antecedentes médicos⁽²⁸⁾ y genéticos⁽²⁹⁾, por la posibilidad de predecir situaciones futuras con base en estos que, por ejemplo, provoquen ausentismo, incapacidad, etc.

(24) BES, E. DAMIÁN, *La utilización de Internet en el trabajo, sus aparentes limitaciones, y la información gremial difundida por mail*, Revista de Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal-Culzoni, mayo 2008.

(25) CS, autos "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo", sentencia del 15-11-11, id SAU: FA11000149.

(26) SC Buenos Aires, LP L. 97804 S. 22-12-10, "Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina s/amparo", JUBA.

(27) Si bien se trata de casos de despidos discriminatorios, los fundamentos del tratamiento que debe darse a los actos discriminatorios son claramente de efectos expansivos a otro tipo de actos (incluidos los vinculados con la selección del personal a contratar) que revistan la calidad señalada, la cual es repudiada por el ordenamiento jurídico.

(28) El crecimiento exponencial de consultas sobre salud en forma online, o incluso la sola recopilación de las búsquedas sobre temas de salud que realizan las personas, puede ser una fuente relevante de información en tal sentido, información que puede ser sometida al análisis predictivo. La difusión y comercialización de datos digitales recopilados por sistemas de salud, incluso estatales, es un tema de debate actual en países desarrollados. Sobre el punto puede verse GERI, LEONARDO, *Polémica en los Estados Unidos por utilización de datos personales con fines comerciales*, ED, 261-897.

(29) La acumulación de datos genéticos por empresas privadas, vinculadas con fertilización asistida, bancos biomédicos, proveedoras de test genéticos (sobre este punto puede verse la nota periodística de TAKEZAWA, SHIHO, *El envejecimiento demográfico da impulso a kits genéticos en Japón*, Bloomberg Tecnología, publicado en el diario digital Perfil el 19-7-18, disponible en <http://www.perfil.com/noticias/bloomberg/bc-envejecimiento-demografico-da-impulso-a-kits-geneticos-en-japon-phml>, consulta realizada el 19-7-18), etc., es creciente y se encuentra escasamente regulada.

Cuando menos sería fundamental que el propio Estado, las asociaciones sindicales y organizaciones no gubernamentales realizaran sistemáticas campañas de concientización en la población en general y en los trabajadores en particular para que estos adviertan la importancia que tiene volcar información personal en internet.

Pero, además, la pertenencia del candidato a determinado colectivo (entendido este no solo como pertenencia a una determinada organización, sino también como integrante de un conjunto determinado de personas conforme a los más variados criterios de pertenencia, como la franja etaria, domicilio, antecedentes de salud, familiares, inclinaciones políticas, religiosas, sexuales, sindicales, etc., preferencias de consumo o posicionamientos sobre temas diversos) puede ser valorada como pauta que haga previsible un determinado comportamiento futuro.

Y este probable comportamiento futuro puede ser considerado inadecuado por el empleador que se encuentra en proceso de selección de personal. Las pautas de valoración que se utilicen para llevar adelante tal análisis, y la posible incompatibilidad de estas con los principios de igualdad y no discriminación, podrían habilitar el uso de herramientas legales tendientes a prevenir o sancionar actos discriminatorios, sea en casos concretos y por reclamos individuales o pluriindividuales, o con relación a determinados colectivos.

Consideramos que, para que el órgano jurisdiccional o el organismo administrativo pueda valorar adecuadamente situaciones como las planteadas, resulta imprescindible que aquel tenga adecuado conocimiento sobre las posibilidades y alcances que presenta el *Big Data*, y otras herramientas tecnológicas disponibles, e incluso que, de resultar procedente y conveniente, se produzca prueba pericial al respecto (sin perjuicio de los aportes que puedan realizar otros medios probatorios como la prueba informativa, testimonial, etc.).

Por otra parte, en materia de prevención, podría regularse la forma en que se registran algunos de los datos personales (puede tratarse, entre otros supuestos, de antecedentes laborales, de situación financiera, por consultas médicas online, prestaciones de obras sociales, empresas de medicina prepaga o sistema de salud público).

Un caso paradigmático de ello está dado por la disponibilidad relativamente sencilla de los datos personales de las partes que actúan en procesos judiciales, especialmente en el fuero laboral. Para ciertos dadores de empleo (sean los propios empresarios o las consultoras contratadas a tal fin), el hecho de que un candidato haya reclamado judicialmente (más allá de que le asistiera o no razón en su reclamo) puede ser un elemento determinante para no contratarlo, más aún si, por ejemplo, el reclamo se vincula con una actuación sindical, sea como mero activista u orgánicamente. Ante ello, debiera impedirse que las causas judiciales se citen o publiquen con los datos personales de las partes involucradas. O, en su defecto, que se restrinja la obtención de datos personales.

Otro ejemplo muy llamativo de los problemas que puede presentar la cuestión que se plantea son los registros creados en el ámbito de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo por la instrucción 4/10 (ver en particular la información requerida que surge del anexo), la resolución 198/16 y la disposición 2/16.

En este mismo sentido, cabría plantearse la invalidez que debiera recaer, por violación al derecho de la intimidad, que en el proceso de selección de un trabajador se le solicitara o exigiera a este la exhibición de sus historiales de navegación o de información digital vinculada con aquellos que no sea pública. Y adviértase que la diferenciación entre información de acceso público o no la hacemos al solo efecto de considerar reprochable o no, *per se*, la conducta del empleador que la solicite, pero sin que ello signifique que una utilización discriminatoria de información pública de todas formas no deba ser invalidada.

Esta problemática no es privativa del sector privado, sino que también puede darse en el ámbito del empleo público, donde debe tenerse presente que el Estado cuenta con grandes volúmenes de información recopilada y que está comenzando a utilizarlos mediante *Big Data*⁽³⁰⁾. Como es sabido, especialmente en países en los que la insti-

(30) Un ejemplo de esta situación se está dando en el ámbito de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), conforme surgen de notas periodísticas actuales (ver, por ejemplo, la nota del periodista LAMIRAL, CARLOS, *AFIP tendrá perfil económico de cada persona y empresa*, Ámbito Financiero del 15-8-18, disponible en <http://www.ambito.com/930646-afip-tendra-perfil-economico-de-cada-persona-y-empresa>, consulta realizada el 20-8-18).

tucionalidad es débil, el manejo del Estado, por ejemplo, en lo referente al empleo público, fluctúa de acuerdo a los intereses político-partidarios del gobernante de turno, con lo cual la utilización de tal información en ese contexto puede resultar particularmente riesgosa.

Evidentemente, la cuestión probatoria en estos casos puede resultar sumamente dificultosa, incluso más que cuando se trata de despidos discriminatorios. De allí la importancia de un rol activo y flexible por parte del órgano jurisdiccional, así como también el desarrollo de los lineamientos ya existentes en nuestra jurisprudencia, y también a nivel internacional, sobre las menores exigencias probatorias si se encuentran acreditados indicios de discriminación.

Tendrán fundamental importancia aspectos cronológicos y la situación de otros trabajadores dependientes de la empresa, o candidatos a serlo, contemporáneos al candidato rechazado, así como también, en su caso, la existencia de antecedentes de la empresa en materia de discriminación (por ejemplo, conductas antisindicales previas, desvinculaciones de trabajadores vinculados con el colectivo que integra el candidato no contratado, inexistencia de representación sindical en la empresa, etc.).

5.2. Big Data aplicado en sanciones disciplinarias o despidos de trabajadores

Se trata de casos similares a los anteriores en cuanto a la vinculación causal que podría existir entre el acceso del empleador a determinada información relativa a un trabajador dependiente (al cual ya lo vincula un contrato de trabajo vigente) y la decisión de aquel de aplicar una sanción disciplinaria o, más probablemente, un despido (con o sin invocación de justa causa) que puedan ser considerados discriminatorios.

Como notas específicas de estos supuestos, que se adicionan a lo ya señalado en el inciso anterior, mencionamos:

a) existiendo ya un contrato de trabajo vigente, con las obligaciones y presunciones legales que de él surgen, la carga de la prueba sobre el carácter discriminatorio del acto llevado adelante por el empleador puede ser un poco menos compleja, lo cual no obsta a la aplicación de los criterios ya señalados;

b) la cuestión relativa al historial de navegación del empleado se complejiza aquí en los casos en que el trabajador esté utilizando una computadora, teléfono inteligente u otra herramienta tecnológica aportada por la empresa, o utilizando la conexión a red de la empresa.

5.3. Utilización del Big Data para evaluar el desempeño de los trabajadores

Los sistemas de evaluación de desempeño y otras formas de medir el rendimiento de los trabajadores dependientes son crecientemente utilizados no solo para determinar los niveles de remuneración y el otorgamiento de aumentos o premios, sino también para definir ascensos o, incluso, la continuidad en el puesto de trabajo.

Lo cierto es que, en términos generales, la utilización de este tipo de herramientas requiere un conocimiento específico y una aplicación razonable, destinada no solo a cubrir los fines empresarios, sino también a valorizar adecuadamente la labor de los dependientes (art. 4° de la LCT) y conforme las pautas establecidas, entre otros, por los arts. 17, 75 y 81 de la LCT y 51, 52 y sigs. y 1717 del CCCN. Un aspecto particularmente polémico, y a nuestro criterio cuestionable, es si la aceptación por parte del trabajador a los requerimientos del empleador en materia tecnológica (acceder a la información volcada a internet, a que se le coloquen chips subcutáneos que permita su seguimiento, etc.) es tomada como dato favorable o desfavorable en la valoración de su conducta y desempeño.

En cualquier caso, se trata de herramientas que han sido analizadas con disfavor por varios estudiosos del tema, especialmente en el marco de las presiones propias de la denominada "sociedad del rendimiento". En tal sentido, DEJOURS señala: "La evaluación individualizada del desempeño no se había desarrollado de la manera en que lo hace en la actualidad con la difusión de la informática y la extraordinaria proliferación de terminales de ordenador que tienden a equipar casi todos los puestos de trabajo hoy en día, tanto en la industria como en el comercio y los servicios. Así, la evaluación individualizada provoca, y es por otro lado uno de los objetivos declarados del método, la competencia generalizada entre los trabajadores, y cuando esta valoración se asocia a la promesa de una gratificación en términos de incentivo, bonificación o promoción, esta com-

petencia adquiere a menudo la forma de comportamientos salvajes entre los individuos. Con más razón, cuando la evaluación se encuentra asociada a una amenaza de pérdida de puesto, traslado, sanción o despido, se convierte en un poderoso modo de introducir el miedo en las relaciones laborales. El ‘sálvese quien pueda’ se convierte en la regla, todo está permitido, incluso el dañar a los colegas para conseguir mejores resultados. Los golpes bajos, la retención de información, los falsos rumores, en fin, las conductas desleales, se convierten rápidamente en conductas habituales en el ámbito del trabajo. La confianza disminuye, el miedo la sustituye, y parte de la actividad laboral pasa por vigilar al otro, controlarse mutuamente. La evaluación individualizada de desempeño socava tendencialmente la convivencia y mina las bases de la convivencia: la solidaridad es destruida y esto se evidencia hacia arriba y hacia abajo en la jerarquía. Los cuadros gerenciales, incluyendo los cuadros más altos, no son los últimos en ceder a estas prácticas que envenenan la vida cotidiana en el trabajo. En numerosas situaciones de trabajo los colegas ya no se hablan. La atención al otro, el respeto del otro, los modales y las buenas costumbres, desaparecen. En su lugar se instala la soledad, y más tarde la desolación, en el sentido que este término tiene en los escritos de Hannah Arendt (1951)”⁽³¹⁾.

El *Big Data* puede aportar múltiples elementos para incorporar en estos sistemas de evaluación, e incluso para sistematizar y ponderar los resultados obtenidos. También para pronosticar las conductas esperables por parte de determinado colectivo de trabajadores, o de alguno de ellos en particular (ello en materias tan disímiles como el cumplimiento de objetivos, el ausentismo, el sufrimiento de accidentes o enfermedades inculpables, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, etc.). Asimismo, puede ser útil para detectar las necesidades y motivaciones de los trabajadores, o las afinidades entre ellos o entre grupos de ellos y, con tal información, diseñar cambios en la organización de trabajo que permitan mejorarla en beneficio tanto de los dependientes como de la propia empresa.

Como contracara de la situación planteada en el párrafo precedente, podría detectarse tempranamente la afinidad o vocación de agrupamiento entre trabajadores que tengan, por ejemplo, mayor conciencia sindical o de reclamo por sus derechos laborales. Y, a consecuencia de ello, el empleador podría producir cambios organizacionales, traslados de sector o establecimiento, o incluso despidos (que, depende de cada situación concreta, puede ser muy difícil de vincular con una conducta antisindical si no se tiene acceso a la información que ponderó el empleador para tomar la decisión rupturista), para prevenir o impedir tal actividad sindical.

Lo que nos interesa destacar es que, si bien este tipo de tratamiento de grandes volúmenes de información puede realizarse (o no) conforme parámetros razonables y en ciertos casos reducir el ámbito de subjetividad, digamos, personalizada, de todas formas el tratamiento de la información necesariamente, como vimos, implica un hacer humano y, por tanto, subjetivo (ello así, al menos, hasta que la evolución de la llamada “inteligencia artificial” llegue a independizar dicho procesamiento de la información de la actividad humana). Por otra parte, esa actividad será realizada por el empleador, o por terceros (v. gr., proveedores) por él contratados, con lo cual no solo habrá subjetividad, sino que esta corresponderá directa o indirectamente a la parte del contrato de trabajo con mayor poder. Aspectos estos que entendemos deben ser muy tenidos en cuenta a la hora de valorar los resultados de este tipo de evaluaciones o determinaciones y evitar una postura de naturalización o falta de análisis crítico frente a la pretendida objetividad de tales sistemas.

5.4. Big Data para prever situaciones de burnout y acoso laboral

El tratamiento de grandes volúmenes de información puede resultar útil para predecir, en abstracto, pero también en organizaciones laborales concretas, la posibilidad de que se produzcan, o reiteren, casos de síndrome de *burnout* y de *mobbing*. Estas situaciones, al igual que otras psico-

patologías del trabajo, se han extendido fuertemente en las últimas décadas. Ello puede atribuirse tanto al cambio en las organizaciones laborales como a las particularidades de esta nueva “sociedad del rendimiento”. Este concepto es desarrollado por el escritor y filósofo surcoreano BYUNG-CHUL HAN, quien hace una interesante descripción de la actual fase del hombre “transmoderno” inserto ya no en una sociedad disciplinaria, sino en lo que él denomina “sociedad del rendimiento” diciendo: “La sociedad disciplinaria de Foucault, que consta de hospitales, psiquiátricos, cárceles, cuarteles y fábricas, ya no se corresponde con la sociedad de hoy en día. En su lugar se ha establecido desde hace tiempo otra completamente diferente, a saber: una sociedad de gimnasios, torres de oficinas, bancos, aviones, grandes centros comerciales y laboratorios genéticos. La sociedad del siglo XXI ya no es disciplinaria, sino una sociedad de rendimiento. Tampoco sus habitantes se llaman ya ‘sujetos de obediencia’, sino ‘sujetos de rendimiento’. Estos sujetos son emprendedores en sí mismos”. Estos conceptos los desarrollaremos más adelante, pero, en lo que hace a los intentos por prevenir síndromes de alienación laboral como los mencionados, pueden resultar muy interesantes y tener sustento en análisis mediante estas técnicas.

Si bien las conductas de acoso laboral no son privativas de los empleadores ni de los dependientes jerárquicos, en el segmento de cuadros medios y altos debe prestarse especial atención porque la existencia de subordinados tiende a facilitar tal práctica y a agravar sus consecuencias. Asimismo, los dependientes que conforman los cuadros medios y altos pueden tener mayor propensión a sufrir síndrome de *burnout*. Sin embargo, es necesario estudiar hasta qué punto, en el afán por lograr la prevención de tales situaciones, es admisible que la empresa se inmiscuya en aspectos que pueden estar vinculados con la intimidad de estos empleados jerárquicos o, en su caso, con la de administradores societarios, fiduciarios u otro tipo de personas con poder dentro de la organización empresarial.

Interesa destacar que la prevención de este tipo de psicopatologías, así como también de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, además de su propia relevancia y justificación en proteger la dignidad de las personas en situación de trabajo también importa un valor para la empresa. Así, por ejemplo, evitar este tipo de situaciones permitirá evitar impactos negativos sobre la imagen de la empresa en la sociedad (ahorrando costos de campañas publicitarias u otro tipo de acciones vinculadas a contrarrestar tal imagen); asegurar la permanencia de los empleados más valiosos en la organización y estimular el ingreso de otros trabajadores calificados (que, de lo contrario, no considerarían a la empresa como una opción válida); ahorrar mayores costos en la cobertura de riesgos del trabajo y también vinculados con la reparación de los daños producidos y la defensa frente a las acciones administrativas y judiciales (que en una comunidad sería deberían ser también de índole penal) derivadas de los siniestros.

El análisis predictivo podría llegar a detectar al personal con características de acosador, o con predisposición para sufrir *burnout* o acoso laboral, permitiendo la prevención o al menos la detección temprana de tales situaciones, y la realización de los cambios necesarios en la organización para evitar tales hechos o su continuidad.

La creación de registros públicos que acopien información vinculada con situaciones preexistentes en la misma empresa, o en empresas asimilables por el sector al que pertenecen o por presentar ciertas similitudes en lo que hace a su organización, también puede ser muy útil tanto para la elaboración de estadísticas como para la actuación de prevención por parte de la autoridad administrativa de inspección del trabajo, o incluso judicial. Volveremos sobre esta última posibilidad.

Como contrapartida de lo expuesto en el párrafo anterior, podría plantearse la acumulación de información laboral, médica, psicológica, o de otro tipo de fuentes, tendiente a acreditar, por caso, la existencia de una labilidad por parte del trabajador o incluso de una patología preexistente, aspectos estos que requerirían un manejo muy cuidadoso por la presunción de que se afecte el derecho a la intimidad del trabajador.

(Continuará en el próximo diario del 28 de septiembre de 2018)

JURISPRUDENCIA

Derechos del Consumidor:

Relación de consumo: derecho de información; requisitos; fundamento; plan de ahorro; automotores; incumplimiento; fallecimiento del suscriptor; omisión del deber de informar; eximentes. **Daños y Perjuicios:** Responsabilidad objetiva: daños punitivos; requisitos; facultades judiciales. **Contratos:** Contrato de ahorro previo: promotores; mandatarios; agentes de comercio; teoría de la apariencia; expectativa jurídica creada. **Automotores:** Indemnización: privación de uso particular; reparación; cuantificación; falta de entrega de un 0 km. **Intereses:** Tasa: valores fijados a la época de la sentencia.

1 – La relación de consumo alude al vínculo que se establece con quien en forma profesional, aun ocasionalmente, produzca, importe, distribuya o comercialice cosas o preste servicios a consumidores o usuarios. El objeto de esa relación puede referirse a servicios –considerados como un hacer intangible que se agota con el quehacer inicial y desaparece e involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio– y bienes –en tanto cosas elaboradas y con destino al uso final que son en realidad productos, cosas sin elaboración, materiales e inmateriales, durables o no, e inmuebles–.

2 – La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, en tanto normativa específica que protege los derechos de los consumidores y usuarios, no puede soslayarse, en función de lo previsto por su art. 65.

3 – La Ley de Defensa del Consumidor regula el derecho del consumidor o usuario a recibir información sobre las características de los bienes y servicios que el proveedor le ofrece. Según los estándares exigidos, dicha información debe ser cierta, clara y detallada.

EDICTOS

Ciudadanía

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, secretaria N° 20, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, informa que el/la Sr./a FRANKLIN HILARIO GUZMAN MINAYA de nacionalidad PERUANA con D.N.I. N° 94.434.669 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 17 de septiembre de 2018. **Matías Abraham**, sec. int.

I. 27-9-18. V. 28-9-18 145

Remates

DAVID EZEQUIEL SZOJCHET El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 109, Secretaría única sito en Talcahuano 490, Piso 4°, de esta Ciudad, comunica por DOS DIAS que en los autos caratulados: “CONSORCIO DE PROPIETARIOS AV SANTA FE 3669/83 CAPITAL FEDERAL C/ FINANPROP SA S/EJECUCION DE EXPENSAS” Ex. N° 11021/2016, el Martillero **David Ezequiel Szojchet**, rematará el día 3 de Octubre de 2018 a las 12,00 hs. en punto en Jean Jaures 545 de esta Ciudad, el inmueble sito en la calle Av. Santa Fe 3669/73/75/79/81/83 Esq. Raúl Scalabrini Ortiz 2517/23/27/39/43. Piso 19, Unidad Funcional N° 161 conjuntamente con su Unidad Complementaria CXXXVI, Piso 19 Matrícula: 18-7643/161, Según Constatación: Se trata de un departamento de 4 ambientes, identificado internamente con la letra “B”, ubicado en edificio sobre Av. Santa Fe, Piso 19°, UF N° 161. Consta de: Living comedor; tres dormitorios, uno de ellos en suite; baño completo y toilette; cocina com-

pleta y ante cocina. Balcón corrido sobre living y dos dormitorios. Posee una superf. aprox. de 80 m2. De los cuales aprox. 7 m² son semicubiertos correspondientes al balcón. Todo en muy buen estado de uso y conservación. Ocupado por la Srta. Lucía Pierina Jurgeit; DNI 39.074.674, quien manifiesta ocupar el inmueble en carácter inquilina sin acreditar tal circunstancia. Sup. Tot. UF 161; 82,21m² Sup. Un. Comp: 1,78 m² - Nomenclatura Catastral: Circ. 18; Sec. 21; Mz. 4; Parc. 1 A. Matrícula: FR 18-7643/161. DEUDAS: GCBA (fs. 197) al 15/06/18 \$ 2.909,58.- OSN (fs. 188) al 28/5/18 sin deuda. AySA al 15/6/18 \$ sin deuda.- Ag. Arg. al 30/10/17 no posee.- Expensas comunes (fs. 186) \$ 68.443 a Abril 2018. Abonando mensualmente Abril 2018 \$ 4.249,20. No procederá la compra en comisión ni la ulterior cesión del boleto de compraventa. La venta es Ad-Corpus. Al contado y al mejor postor. BASE: \$ 4.000.000.- SENA: 30%. COMISION: 3%. ARANCEL: 0.25%. SELLADO DE LEY. Todo a cargo del comprador. En dinero efectivo en el acto de la subasta. El comprador deberá constituir domicilio dentro del radio de Capital Federal, según lo normado por el art. 133 del CPCC, y que, sin necesidad de intimación alguna, dentro del 5° día de aprobado el remate, deberá depositar el saldo de precio en el Banco de la Nación Argentina (Sucursal Tribunales) en una cuenta a la orden del Juzgado y como perteneciente a estos autos, según el art. 580 del CPCC y bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 584 del citado código. Se fija para exhibición los días 1 y 2 de Octubre en el horario de 14,00 a 16,00 hs. Dado, sellado y firmado en la sala de mi público despacho a los 11 del mes de Septiembre del 2018. **Pilar Fernández Escarguel**, sec.

I. 26-9-18. V. 27-9-18 144

(31) Epílogo a la segunda edición del libro de DEJOURS, CHRISTOPHE, *La banalización de la injusticia social*, Buenos Aires, Topía, 2013, disponible en <https://www.topia.com.ar/articulos/banalización-injusticia-social>, consulta realizada el 20-8-18.



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Tel. / Fax: 4371-2004 - (011) 4349-0200, int. 1181

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

4 – El deber de información constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor, de raigambre constitucional, y las leyes 26.361, 27.250 y 27.266 –modificadorias de la ley 24.240– incorporaron la necesidad de que los datos necesarios sean brindados en forma gratuita y, en particular, que los proveedores suministren bajo idénticos parámetros las condiciones de comercialización del servicio que ofrecen.

5 – La razón de ser del art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor encuentra base en el art. 42 de la CN, en cuanto consagra el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz, notas que son complementadas por el art. 46 de la Constitución porteña en cuanto dispone que la información debe ser transparente y oportuna. Se trata de la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, a efectos de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. El porqué de la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor en lo concerniente a los conocimientos sobre los productos y servicios.

6 – El hecho de que la administradora del plan de ahorro hubiera recibido el dinero del seguro de vida en el particular contexto del fallecimiento del suscriptor del plan –siendo que los actuales beneficiarios del plan son sus herederos– exigía que aquella desplegara una conducta activa para concluir con el contrato, correspondiendo cumplir que no puede considerarse cumplida la carga de informar que le correspondía en su carácter de proveedora, pues ante el requerimiento de los accionantes en ningún momento indicó cuáles eran los trámites pendientes y, en el caso, los accionantes bien podían considerar que se encontraban en condiciones de retirar la unidad, ya que habían cumplido con varios trámites indicados en el contrato que regulaba el plan de ahorro, aunque ellos no supieran con exactitud cuáles eran los que estaban previstos. A mayor abundamiento, corresponde destacar que dicho incumplimiento adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que la administradora del plan de ahorro había recibido el dinero de la totalidad de las cuotas del plan de ahorro, de modo que restaba que realizara todo lo conducente para entregar el automóvil a los herederos del suscriptor.

7 – En el caso, la actitud de la accionada –administradora del plan de ahorro– constituyó un obrar desaprensivo que vulneró el deber impuesto en el art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor y tuvo virtualidad suficiente para generar un estado de confusión y desconcierto en los demandantes. Ello es así, pues los herederos, luego del fallecimiento del causante, se acercaron a la citada administradora para pedirle que cesara en el débito de las cuotas mensuales y, en esa oportunidad, los anoticiaron de la existencia de un seguro de vida y lo que debían hacer para poder cobrarlo, intercambiando a partir de allí una serie de comunicaciones que concluyeron con la entrega de todo lo necesario para liquidar el siniestro; sin embargo, efectuado el pago del seguro y percibido el precio por parte de la demandada, esta no informó de manera adecuada y completa a los actores acerca de cómo debían proceder para retirar la unidad.

8 – La carga informativa de la administradora del plan de ahorro se advierte aún más necesaria si se tiene en consideración que no fueron los demandantes quienes de puño y letra suscribieron la solicitud de adhesión al plan de ahorro y que, en esa calidad de herederos, cabe presumir con cierto grado de verosimilitud que no tuvieron acceso a las condiciones contractuales a las que había adherido el causante.

9 – No obsta al incumplimiento atribuido a la administradora del plan de ahorro –quien no indicó a los actores qué trámites se encontraban pendientes a los efectos de que les fuera entregado el automotor por el proceso de “adjudicación por sucesión del suscribiente”– el hecho de que los accionantes en determinado momento hubieran pretendido el cobro del dinero en lugar de la entrega de la unidad. Ello es así, pues no afecta a la obligación que la indicada codemandada tenía de entregar con la prestación comprometida en el contrato luego de recibir el pago del precio y, además, una vez que les fue informada la improcedencia de su petición, debieron las accionadas cumplir con sus obligaciones.

10 – Aun cuando la administradora del plan de ahorro hubiera efectivamente adjudicado la unidad a los herederos como

consecuencia del fallecimiento del suscriptor del plan, igualmente se encuentran reunidos los requisitos para efectuar un juicio de reproche, en tanto en cuanto no agotó el objeto del contrato, pues no concluyeron con los pasos necesarios para la entrega efectiva del bien.

11 – A los efectos de imputar responsabilidad, no resulta necesaria la acreditación de un factor de atribución subjetivo, en tanto la normativa del consumidor prevé la responsabilidad objetiva.

12 – El contrato de ahorro previo para fines determinados es el medio a través del cual una pluralidad de personas que se integran en grupos, bajo la organización y administración de una entidad, autofinancian la adquisición de bienes con ahorro mutuo que, paulatinamente y con una periodicidad prefijada, permitirá adjudicarlos a todos y cada uno de los participantes.

13 – El contrato de ahorro previo se caracteriza por la interdependencia de las relaciones, que encuentra su razón de ser en la conexión funcional entre los contratos necesarios para desarrollar un programa unitario.

14 – Quienes promueven la celebración de contratos de ahorro previo son agentes de comercio, es decir, mandatarios de la empresa administradora, pues asumen de una manera estable el encargo de promover por cuenta de las entidades de ahorro la celebración de los contratos en una zona determinada, percibiendo una compensación proporcional al importe de los negocios concluidos, que se incluyen dentro de los gastos de producción y están limitados por sus topes. En tales condiciones, el agente no concluye los negocios, sino que solo vincula al eventual contratante con el proponente (salvo, claro está, que se encuentre investido de representación); actúa a nombre y por cuenta de otro.

15 – La teoría de la apariencia tiende a proteger al contratante que actuó de buena fe. Según el principio de la apariencia, la existencia y el alcance de un acto deben juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad.

16 – La responsabilidad de la concesionaria automotriz se edifica sobre la base de la expectativa jurídica creada, dado que la solicitud de adhesión al plan de ahorro, el recibo provisorio que le fuera entregado al suscriptor –que contenía los datos de la concesionaria y de la administradora del plan de ahorro–, la denominación del sitio de internet de aquella –en el que se presenta de modo unificado el nombre del concesionario y las siglas de la administradora del plan– bien pudieron inducir al consumidor a pensar que la administradora y la concesionaria se obligaban conjuntamente.

17 – Cabe concluir que el accionar de la concesionaria codemandada generó la razonable creencia de que se encontraba instituido por la administradora del plan de facultades para concluir la ejecución del contrato, pues los demandantes se emplazaron en la posición contractual del suscriptor original fallecido, quien se había vinculado con aquella para la suscripción de un contrato de ahorro previo de círculo cerrado para la adquisición directa de un bien. De ahí que la concesionaria claramente tuvo una participación activa en la celebración del contrato con la administradora del plan y, en ese sentido, le correspondía asumir la obligación de informar a los demandantes (art. 4°, ley 24.240), por lo que el hecho de no hacerlo la convierte en merecedora del juicio de reproche realizado a la administradora del plan.

18 – La sola privación del automotor afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, que debe ser resarcida como tal y sin necesidad de prueba específica. En rigor, se trata de un daño emergente que deriva de la objetiva ausencia del rodado o de su falta de disponibilidad.

19 – El automotor, por su propia naturaleza, está destinado al uso, satisface o puede satisfacer necesidades, ya sea de mero disfrute o laborales; no es un elemento neutro, pues está incorporado a la calidad de vida de su propietario y, en algunos casos, a su grupo familiar. En consecuencia, su mera privación ocasiona un daño que se configura básicamente por la indisponibilidad y, bajo tales premisas conceptuales, no caben dudas de que corresponde conceder una indemnización por este rubro y que, a fin de estimar su quantum, cabe acudir a la facultad estimativa conferida por el art. 165 del cód. procesal.

20 – En el caso, a los efectos de cuantificar la indemnización por privación de uso del automotor, en el caso sometido a decisión a los fines de cuantificar el daño, debe particularmente considerarse que la privación tiene su origen y causa en el incumplimiento en la entrega del vehículo, escenario fáctico que difiere de aquel en el que la privación de uso y su goce obedece a la necesidad de efectuarle reparaciones. Es allí donde el titular no deja de solventar las erogaciones que derivan de la titularidad del vehículo –seguro, patente y, en ocasiones, garaje–, por lo que deben, en esos supuestos, meritarse a los fines de lograr cuantificarlo y conceder una justa y equitativa indemnización.

21 – Atento a que en el caso el momento adoptado para estimar el daño derivado de la privación de uso del vehículo es al tiempo del dictado de la sentencia, corresponde aplicar la tasa de interés pura que compense solo la mora del deudor. Así las cosas, los accesorios deben ser fijados a una tasa pura correlativa del 6 % anual desde la mora y, en caso de incumplimiento, deberá continuarse con la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar.

22 – Corresponde tener por demostrado de manera inequívoca el proceder “abusivo” de la concesionaria y la administradora del plan de ahorro demandadas, en tanto omitieron informar los pasos necesarios para la efectiva entrega del vehículo, aun luego de percibir la totalidad de su precio; máxime cuando se mantuvieron en esa conducta negligente a pesar de que la parte actora intentó extrajudicialmente y por varios medios obtener el bien objeto del contrato sin siquiera contestar las intimaciones que al efecto se les cursaran y, de ese modo, tornaron necesario el inicio de estas actuaciones. En consecuencia, la notoria desatención de las demandadas constituyó un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia de la Ley de Defensa del Consumidor, art. 8° bis y, asimismo, habida cuenta de la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y su doctrina para la aplicación de la multa civil.

23 – Los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado y están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (del voto de la doctora TEVEZ).

24 – La concesión de daños punitivos presupone: i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor; y v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240 (del voto de la doctora TEVEZ).

25 – El incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva del art. 52 bis de la ley 24.240, ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva (del voto de la doctora TEVEZ).

26 – El daño punitivo requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor y es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (del voto de la doctora TEVEZ).

27 – En cuanto a la naturaleza y características del instituto que regula el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, corresponde remitirse al voto del doctor Barreiro en la causa “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur –Proconsumer– c. Galeno argentina S.A.” de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, decisión emitida el 11-11-14 y que se replicara el 4-6-15 en la causa “Formigli, Eduardo c. Auto Zero S.A. s/ordinario”, entre otras (del voto del doctor BARREIRO). M.M.F.L.

59.912 – CNCiv., sala F, junio 19-2018. – B., M. G. y otros c. ALRA S.A. y otro s/ordinario. (Consultese el texto completo en www.elderecho.com.ar).