



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA

HACIA UNA REGULACIÓN EFICIENTE DE LAS
“COOKIES”

TRZEWIK, DIEGO

LEGAJO: 171819

TUTOR: MARCELO CELANI

Hacia una regulación eficiente de las “cookies”

ABSTRACT

En la actualidad, la publicidad en internet se presenta como un negocio creciente, en desmedro de otros medios de comunicación tradicionales. Las grandes plataformas son las principales beneficiadas por esta tendencia, pues concentran una gran cantidad de datos de las personas, tienen la capacidad para almacenar esa gran cantidad de datos y cuentan con las herramientas para procesar dicha información a efectos de realizar publicidad específica para cada consumidor.

Las cookies se presentan como un instrumento primordial a estos fines. Permiten seguir el comportamiento de cada individuo por internet y, de este modo, confeccionar perfiles personales con miras a la realización de esta publicidad específica para cada uno de ellos. Al mismo tiempo, facilitan la realización de acciones de discriminación de precios.

En este contexto, se torna necesario un análisis regulatorio en la materia, contemplando tanto aspectos jurídicos como económicos. Desde el primer punto de vista, es clara la preocupación que estas herramientas generan en materia de derecho a la intimidad de las personas. Desde un punto de vista económico, y principalmente en materia de publicidad, la utilización de cookies en internet conlleva la reducción de costos de búsqueda y transacción y un incremento en el matching entre productores y consumidores. De este modo, se logra la ejecución de una cantidad de operaciones en el mercado más cercana a la eficiente.

Sin perjuicio de ello, no deja de ser preocupante el grado de información asimétrica existente. Primero, los consumidores no logran conocer los usos que las páginas web dan a sus datos personales, en muchas ocasiones, distintos a los referidos fines publicitarios; segundo, los usuarios ignoran las consecuencias que tales usos traen aparejados; y tercero, las personas no tienen la capacidad de poner un valor al hecho que permitir las cookies tiene para dichas páginas web. Por otro lado, aún si no se vieran afectados por este grado de información asimétrica, su libertad de elección se vería reducida por el poder actual de las “two-sided platforms” y por aspectos de economía conductual aplicable a la materia.

En el presente trabajo, se conjugará el análisis de estos elementos jurídicos y económicos, a fin de realizar recomendaciones respecto al contenido que debe tener una regulación eficiente en materia de cookies. En base a las conclusiones alcanzadas en el marco del desarrollo antedicho, se procederá a realizar un análisis crítico respecto al Proyecto de Ley de Datos Personales actualmente bajo estudio en Argentina.

I. Introducción.

La publicidad en internet es un negocio creciente. Las compañías cada vez invierten más y más dinero en la exhibición de sus productos online, en desmedro de otros medios de comunicación tradicionales. Una herramienta central en este crecimiento lo constituyen las cookies, al permitir identificar a cada individuo, conocer sus intereses y analizar sus gustos.

Se ha estudiado que “[f]rom 2011 to 2016 digital ad spending in the United States has increased constantly at yearly growth rates between 15%-22%, rising from \$31.7 billion in 2011 to \$72.5 billion in 2016 (IAB 2017a). This growth has been facilitated by cookies, unique digital records left behind on the internet user’s browser, and other software that enables advertisers to track and target potential customers with granularity and precision that grows each time the user visits (Aziz and Telang 2016; Beales 2010). Free content in exchange for personal data might seem like a reasonable trade but many consumers are averse to advertisers’ use of highly invasive tracking technology to collect it. (Turow et al. 2009; Morales 2010; Goldfarb and Tucker 2011a; Hoofnagle et al. 2012). Almost half of U.S. adults think that online advertisers should not save records of their activity for any length of time (Pew Research Center 2015). Many consumers have become increasingly reluctant to share personal data such as income information in marketing research surveys (e.g., Goldfarb and Tucker 2012). Further, 30% of individuals delete cookies within one month (DigiDay 2013) and 59% of U.S. internet users delete cookies (Pew Research Center 2014”)¹.

En este escenario, la regulación de las cookies y de la privacidad se ha vuelto un tema central. Existen distintos enfoques que se contraponen y que deben ser considerados en el estudio de la materia. Desde un aspecto jurídico, centrado en la intimidad como un derecho

¹ Miller, Klaus and Skiera, Bernd, “Economic Loss of Cookie Lifetime Restrictions” (September 30, 2017). NET Institute Working Paper No. 17-02. [Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3046254](https://ssrn.com/abstract=3046254).

fundamental de cada individuo, hasta perspectivas económicas que focalizan su atención en los resultados que la utilización de cookies genera en términos de eficiencia de mercado.

Acquisti, Taylor y Wagman, tres autores que han hecho grandes contribuciones en lo que se conoce como “economía de la privacidad” lo plantean en las siguientes palabras: *“Privacy means different things to different people, and privacy issues with economic relevance arise in the most diverse contexts: from price discrimination to identity theft; from spam to targeted advertising. What connects these diverse definitions and scenarios is that they all involve the negotiation and management of the boundaries between private and public, and that those boundaries determine tangible and intangible trade-offs. Some of those privacy trade-offs may not just be intangible, but in fact immeasurable. The economics of privacy focuses on measurable, or at least assessable, privacy components. Some (perhaps, many) of the consequences of privacy protection, and its erosion, go beyond the economic dimensions — for instance, the intrinsic value of privacy as a human right, or individuals’ innate desires for privacy regardless of the associated economic benefits or lack thereof”*².

De este modo, es posible preguntarse: el derecho a la privacidad como tal, ¿se encuentra correctamente regulado en el contexto actual de la obtención de información personal mediante cookies en internet? ¿Es necesaria una nueva regulación o existen factores económicos que hacen más eficiente una desregulación en la materia? De ser necesaria una regulación, ¿qué enfoque debiera tener la misma? El presente trabajo intentará dar respuesta a las preguntas planteadas, profundizando en el análisis de las cookies desde distintas perspectivas, tanto jurídicas como económicas.

Por supuesto, existirán cuestiones que quedarán sin resolver o podrán ser discutidas, sobre todo teniendo en consideración la importancia y magnitud de las consecuencias del tema en estudio. Como señalan los referidos autores, *“[i]f it is true that information is power, then control over personal information can affect the balance of economic power among parties”*³.

² Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, *“The Economics of Privacy”* (March 8, 2016). Journal of Economic Literature, Vol. 52, No. 2, 2016; Sloan Foundation Economics Research Paper No. 2580411. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580411>, p. 9.

³ Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 4.

II. Presentación del análisis de las “cookies”.

En la actualidad, las grandes plataformas tecnológicas constituyen las empresas más poderosas del planeta. La mayor parte de dicho poderío se debe a la cantidad de datos que acumulan de sus usuarios. Dichos datos, en muchos casos obtenidos por medio de cookies, les permite, por un lado, la realización de publicidad segmentada y sectorizada de acuerdo a los intereses de cada marca; y, por otro lado, facilita a las distintas empresas llevar a cabo prácticas de discriminación de precios entre los consumidores.

Desde una óptica económica, se pueden observar claras ventajas y desventajas en la utilización de esta clase de tecnologías, las cuales serán analizadas a lo largo del presente trabajo. No obstante la antedicha existencia de ventajas, no debe dejar de ponderarse la constante tensión existente entre el uso de cookies para la obtención de información de los consumidores y el derecho a la privacidad con el que debe contar todo usuario de internet.

A) Un juego para comenzar.

A efectos de entender en mejor medida los distintos temas a ser analizados, resulta interesante comenzar con un juego desarrollado por Braghieri. El autor plantea el modelo en los siguientes términos: *“The baseline model describes the interaction between a representative consumer, a two-sided intermediary (e.g. Facebook), and a continuum of firms selling horizontally differentiated products. The consumer has some private information about her tastes and chooses whether or not to share it with the intermediary. The intermediary provides a free valuable service to the consumer and is paid by horizontally-differentiated firms to show the consumer some advertising messages. Firms cannot access the consumer’s information directly but know that the intermediary may be able to; they advertise through the intermediary and set prices for the consumer”*⁴. Bajo este esquema, el consumidor debe decidir entre: (i) hacer pública su información personal, con miras a recibir publicidad acertada de acuerdo a sus intereses, con el consiguiente riesgo de ser discriminado con un precio mayor por parte de los proveedores; o (ii) no hacer pública su información personal, mediante la utilización de “anonymizing technologies”, incurriendo en mayores costos de búsqueda para concretar la transacción deseada.

⁴ Braghieri, Luca, *“Targeted Advertising and Price Discrimination in Intermediated Online Markets”* (November 16, 2017), p. 3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3072692>

En un primer juego, el autor asume que todos los consumidores son conscientes respecto a que la provisión de información personal puede derivar en un precio mayor. Ante dicho escenario, según Braghieri, la introducción de “tracking technologies” resulta en una mejora de Pareto para los consumidores y en un efecto ambiguo para los productores.

Sin embargo, el autor no finaliza su análisis ahí. En un segundo escenario, plantea la existencia de “behavioural consumers”. Esta categoría de consumidores es definida como aquella que ignora los efectos en materia de discriminación de precios que puede generar el hecho de compartir información personal. Ante la entrada de esta nueva categoría de consumidores, el resultado del juego es distinto, pues todos los precios del mercado suben. De este modo, se genera una externalidad negativa para los consumidores racionales del primer escenario descrito. Braghieri explica que si la proporción de behavioural consumers es suficientemente alta, los resultados del primer juego se invierten, esto es “(...) rather than being Pareto improving, the introducing of targeting technologies makes every consumer worse off”⁵.

De este modo, si bien el autor omite algunos puntos que serán desarrollados más adelante, quedan planteados los principales elementos que deben considerarse a la hora de analizar la necesidad de una normativa que regule la protección de los datos personales y, en especial, la utilización de “cookies” y, posteriormente, el estudio de dicha regulación. Para un mejor entendimiento, a continuación se efectúa una somera descripción de cada uno de ellos.

B) Cookies.

Para comenzar, resulta necesario realizar una breve introducción sobre las cookies, “[t]ambién conocidas como cookies de navegador o cookies de seguimiento, las cookies son pequeños archivos de texto, a menudo encriptados, que se ubican en los directorios del navegador. Los desarrolladores de páginas web los utilizan para permitir a sus usuarios navegar con más facilidad y desarrollar ciertas funciones. Debido a su papel central a la hora de aumentar e incluso permitir ciertos procesos de los distintos sitios web, desactivar las cookies puede hacer que los usuarios no utilicen ciertas páginas web.

⁵ Braghieri, Luca, ob. cit., p. 6.

*Las cookies se crean cuando el navegador de un usuario carga una página concreta. Esta página envía información al navegador, que crea entonces un archivo de texto. Cada vez que el usuario regresa a la misma página, el navegador recupera este archivo y lo envía al servidor de la página. **La página web que el usuario está visitando no es la única que crea las cookies, sino que también lo hacen otras webs que desarrollan anuncios, herramientas u otros elementos presentes en la página que está siendo cargada. Esas cookies regulan cómo deben aparecer los anuncios o el funcionamiento de las herramientas y otros elementos de la web***⁶(resaltado propio).

Para una mayor claridad respecto a la utilización de cookies por parte de terceros, resulta oportuno citar el ejemplo de “Google Ad-Sense”. Acquisti, Taylor y Wagman señalan que Google AdSense es una herramienta que provee servicios de publicidad segmentada, el cual representa aproximadamente un tercio de las ganancias de Google en publicidad.

A diferencia de Google Ads, la cual tiene por objeto la exhibición de publicidad en el motor de búsqueda propio de Google, Google AdSense permite la realización de targeted advertising en una página web propia. El propietario de la página web recibe el 68% del “costo por click” abonado por la empresa que realiza la publicidad y Google retiene el restante 32% (datos de julio de 2018)⁷.

De este modo, Google logra exhibir publicidad no sólo en base a la información que obtiene de sus usuarios por las búsquedas realizadas en su propia página web, sino que, mediante este “convenio” con los distintos sitios, puede realizar publicidad específica con relación a cada uno de dichos sitios que deciden permitir la instalación de “Google Ad-Sense”.

En base a lo expuesto, pueden identificarse distintos usos de las cookies: *“The use of cookies is much varied; first of all, to fill the cart in online shopping stores: cookies allow to put and remove the items from the cart at any time. They may also be used to allow users to login to a website and customize the visited webpage based on the user’s preferences. They are also used to trace the path of the users, their taste and preferences: such data are used to profile the visitor in order to display only those banners that may be of any interests*

⁶ <http://www.allaboutcookies.org/>

⁷ <https://www.reliablesoft.net/how-does-google-adsense-works/>

to them. Moreover, cookies may finally be used to manage websites, more specifically, to allow updates and browsing into the same websites (...) *It has been stated that cookies changed their function over time, shifting their goals from the consumer/user to the information provider. It is precisely in this passage, which has come to completion, that lay some of the key issues connected to what may be defined as breaches of web user's privacy*⁸ (resaltado propio).

Entonces, dadas las descripciones anteriores, es posible enumerar distintos tipos de cookies. Brazhnik, citando a Siebecker, menciona, primero, a las “session cookies”, las cuales se almacenan en la memoria de la computadora y se borran al cerrar el navegador de internet. En cambio, las “persistentes”, se almacenan en la computadora del usuario y se conservan aún cuando se termina la sesión de un determinado programa de navegación. De este modo, la información obtenida de un usuario puede ser utilizada en momentos posteriores⁹.

Siguiendo con la clasificación, algunos autores distinguen entre “first party” cookies, es decir, aquellas introducidas por la página web que el usuario está visitando; y “third party” cookies, esto es, las que se utilizan para perseguir al consumidor a través de distintas páginas web, por compañías que incluso pueden no tener relación con el consumidor¹⁰. Este último sería el caso de Google Ad-sense anteriormente descripto.

Estos autores plantean una primera consideración interesante. Sostienen que, con relación a algunas tecnologías que los productores están usando actualmente (por ejemplo, flash cookies, fingerprinting¹¹), no existen “anonymizing technologies” que los consumidores puedan utilizar para evitar ser identificados.

⁸ Popoli, Anna Rita, “Cookies and Electronic Commerce: A survey about actual knowledge of the issues concerning privacy” (December 10, 2012), p. 13. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2187496>.

⁹ Brazhnik, Tatiana, “Cookies in E-Commerce: Balancing Privacy and Business” (April 29, 2013), p. 3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2366262>.

¹⁰ Hoofnagle, Chris Jay, Soltani, Ashkan, Good, Nathan, Wambach, Dietrich James and Ayenson, Mika D., “Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse” (August 28, 2012), Harvard Law & Policy Review 273 (2012); UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2137601, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2137601>.

¹¹ “Fingerprinting refers to technologies that use details about a user’s browser and device in order to identify the user’s browser or device over time. Fingerprinting can be used for the same purposes as cookies, but does not require files to be stored on a user’s device, and is harder to both notice and evade”. Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 25. A los efectos del presente trabajo, se identificarán a todas las tecnologías mencionadas como “cookies”, entendiendo que, si bien a nivel técnico pueden existir diferencias entre unas y otras, tales diferencias no modifican en esencia el tema en estudio.

C) **Plataformas.**

Como se mencionó al comienzo del presente capítulo, actualmente, las grandes plataformas tecnológicas constituyen las empresas más grandes del planeta. Éste es otro tema a considerar a la hora de estudiar la regulación de las cookies y el acceso a la información personal en internet. En efecto, como se indicó al finalizar el punto anterior, es discutible si los usuarios de internet tienen la libertad de optar entre brindar su información personal o no, como se asumía en el juego utilizado para dar inicio al presente análisis. Se profundizará en esta cuestión más adelante en este trabajo, pero a modo introductorio, es posible sostener que dado el tamaño adquirido por las “two-sided platforms”, existen grandes incentivos para que todo usuario / consumidor quiera formar parte de las mismas. Esto trae aparejado que las grandes plataformas no sólo tienen la posibilidad de obtener información de los usuarios siguiendo sus actos en internet por medio de cookies, sino también que son los mismos usuarios quienes comparten su información personal a través de las redes sociales, otorgando mayores herramientas a las empresas para el desarrollo de “targeted advertising” y, eventualmente, “price discrimination”.

A este respecto, resulta interesante lo planteado por Braghieri, quien sostiene que *“[p]opular two-sided intermediaries such as Facebook and Google are in a particularly privileged position to take advantage of the data economy: they provide services that naturally allow them to access and collect an enormous amount of information about their customers, they have the server capacity to store the information, and they have the processing power to analyze the information and use it to customize real-time advertising auctions”*¹².

D) **Behavioural Economics.**

Es posible asumir que los consumidores pueden elegir si participar o no de una plataforma. Además, puede hasta considerarse que los consumidores deben brindar su expresa conformidad para la utilización de cookies, sin consecuencias para ellos en caso de que se nieguen a admitirlas. Aún en ese escenario, es cuestionable si los consumidores tienen plena libertad para tomar dichas decisiones. En efecto, Bellman, Johnson y Lohse

¹² Braghieri, Luca, ob. cit., p. 2.

explican que “[i]f consumers had fixed policies about privacy of their data, then asking them to opt-out or opt-in to a web site’s privacy policy would make no difference to their answer. However, evidence suggests that most consumers decide how much of their private information to release to a site on a case-by-case basis. The problem with making up your mind on the spot, though, is the answers you give are often influenced by the way questions are asked, as a long history of decision making shows. We found that simply framing the question as an opt-out instead of an opt-in changes privacy preferences”¹³.

Por lo tanto, otro punto a considerar a la hora de analizar la regulación sobre datos personales desde una óptica económica y, sin ir tan lejos, la efectiva necesidad de una regulación, se encuentra relacionado con los aspectos psicológicos que afectan a la toma de decisiones de los individuos y la visión que el área de “behavioral economics” puede aportar en este sentido.

E) Targeted advertising / Price Discrimination.

Como se pudo observar en el juego planteado al inicio de este capítulo, las principales consecuencias de la utilización de cookies y la obtención de datos personales por parte de las compañías es la posibilidad de que se realicen targeted advertising y price discrimination.

Estos temas revisten una importante complejidad que ameritan su estudio pormenorizado. Más adelante en el presente trabajo, se realizará un análisis para conocer las consecuencias de las mismas en el marco del tema bajo análisis. Obviamente, no será posible agotar totalmente el estudio de targeted advertising y price discrimination. Sin embargo, alcanzará para arribar a algunas conclusiones respecto a la necesidad o no de una regulación sobre las cookies y, en caso de ser necesaria, qué características debe tener la misma.

A modo introductorio, basta considerar que, como contrapartida a la violación de la privacidad que es percibida como negativa por los consumidores, las técnicas en estudio pueden presentar ciertas ventajas.

¹³ Bellman, Steven, Johnson, Eric J. and Lohse, Gerald, “To Opt-In or Opt-Out? It Depends on the Question” (February 2001), Communications of the ACM, Vol. 44, No. 2, pp. 25-27, 2001, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1324803>, p. 25.

En el caso de la publicidad segmentada, claramente la utilización de cookies viene a ayudar a resolver una falla de mercado como es la información asimétrica. En efecto, según Castellano, *“Podría admitirse, en este sentido, y como punto de partida, que los problemas de información existentes en el intercambio dan origen y justifican –desde el punto de vista económico– gran parte del marco legal de protección del consumidor”*¹⁴. Bajo dicha premisa, la posibilidad de realizar publicidad segmentada de acuerdo a los intereses de cada consumidor causaría de forma directa una reducción en los costos de búsqueda y transacción, con un claro beneficio para el mercado y los consumidores en particular.

Por su parte, la realización de discriminación de precios también trae aparejada una connotación negativa que no siempre es tal. Zuiderveen Borgesius, cita a Stigler, quien define a la discriminación de precios como *“(...) the sale of two or more similar goods at prices that are in different ratios to marginal costs”*¹⁵. Al analizar esta técnica, el autor explica que *“[f]rom a welfare economic perspective, there can be good arguments in favour of price discrimination, as it can benefit both buyers and sellers”*¹⁶. Por supuesto, como se mencionará más adelante, no siempre la discriminación de precios genera esta mejora al interés económico general. Sin embargo, el hecho de que esto pueda suceder, ayuda de por sí a evitar que se considere a esta técnica como puramente negativa a la hora de regular la utilización de cookies en internet.

De este modo, se ha concluido con la enumeración de distintos temas que serán desarrollados a lo largo del presente trabajo. Como se ha dicho, a efectos de analizar la necesidad de una regulación en esta materia, se deben estudiar estos elementos en conjunto con el derecho a la privacidad con el que debe contar todo usuario de internet. Es bajo esta premisa que se procederá, en el próximo capítulo, a estudiar el paradigma del derecho a la privacidad como fue desarrollado inicialmente en el ámbito jurídico. Seguidamente,

¹⁴ Castellano, Andrea, *“Defensa del Consumidor e Instituciones Jurídicas. Un análisis económico.”*, Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía, Lexis Nexis, 17 de mayo de 2006.

¹⁵ Zuiderveen Borgesius, Frederik, *“Online Price Discrimination and Data Protection Law”* (August 28, 2015). Forthcoming, Amsterdam Privacy Conference 23-26 October 2015; Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-32; Institute for Information Law Research Paper No. 2015-02, p.5. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2652665>.

¹⁶ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p.7

analizaremos si el referido paradigma, resulta de aplicación al ámbito de las cookies o, por el contrario, existen elementos que permiten apartarse de la forma en que el derecho a la privacidad se encuentra regulado.

En base a las conclusiones de ese capítulo, se desarrollará con posterioridad si, entonces, es efectivamente necesaria una regulación de las cookies y, finalmente, expondremos algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales¹⁷ y algunos requisitos con los que debe cumplir dicha ley a efectos de poder ser considerada eficiente.

III. Derecho vs. Economía: La privacidad en el ámbito de las cookies.

Previo a adentrarse específicamente en el ámbito de las cookies, resulta interesante analizar el concepto del derecho a la privacidad y cómo dicho derecho se encuentra regulado actualmente.

En base a dicho análisis, será posible llevar adelante un estudio económico sobre los efectos de la violación de ese derecho en el ámbito de las cookies. De este modo, podrá observarse que el paradigma de la regulación actual, no es completamente aplicable a la regulación de las cookies, pues en este ámbito, la violación de la privacidad puede redundar en importantes beneficios económicos.

A) El derecho a la privacidad desde una óptica jurídica.

1) Algunos ejemplos de violación a la privacidad en internet.

Antes de comenzar el análisis técnico de este tema, conviene citar algunos ejemplos para ilustrar las consecuencias que puede tener el uso de cookies en internet desde esta perspectiva. En primer lugar, resulta interesante el artículo titulado “*How Target figured out a teen girl was pregnant before her father did*”¹⁸, publicado por la revista Forbes en el año 2012. En el mismo, la periodista Kashmir Hill cita una anécdota de un padre enojado con la cadena de supermercados “Target” porque su hija adolescente recibió vía mail

¹⁷ El día 23 de septiembre de 2018, mediante Mensaje N° 147-2018, el Poder Ejecutivo Nacional presentó ante el Congreso de la Nación el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales, que actualmente se encuentra en tratamiento.

¹⁸ <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#8cbf4e666686>

cupones de descuento para productos de bebé. Posteriormente, la persona en cuestión debió disculparse con la cadena de supermercados porque su hija efectivamente se encontraba embarazada, aunque él no lo supiera.

La autora explica que “[e]very time you go shopping, you share intimate details about your consumption patterns with retailers. And many of those retailers are studying those details to figure out what you like, what you need, and which coupons are most likely to make you happy. Target, for example, has figured out how to data-mine its way into your womb, to figure out whether you have a baby on the way long before you need to start buying diapers”. Al respecto, un estadista de la firma explicó que la empresa pudo identificar veinticinco productos no relacionados con el embarazo en sí que lograban asignar a los compradores un “pregnancy prediction score” y, en base a ello, enviar publicidad específica.

Otro caso interesante, aunque no necesariamente relacionado con el uso de cookies, pero sí vinculado a la divulgación de datos personales en internet, es el de la plataforma Airbnb. Los autores Acquisti, Taylor y Wagman, citan el estudio realizado por Edelman y Luca, quienes pudieron constatar que, en dicha plataforma, los propietarios de inmuebles en la Ciudad de Nueva York que no son afroamericanos podían cobrar un precio aproximadamente doce por ciento superior a los afroamericanos por alquileres similares¹⁹. Claramente, estos efectos distorsivos sobre el precio por cuestiones no relacionadas con el producto ofrecido, pueden resultar perjudiciales para el mercado, más allá de sus características éticamente reprochables.

Por último, cabe citar el caso de “Double Click”, una agencia estadounidense de publicidad que en el año 2007 fue comprada por Google. Anteriormente, Double Click había adquirido a Abacus Direct, la firma con el catálogo de bases de datos más grande de Estados Unidos (poseía un catálogo de más de dos mil millones de transacciones entre consumidores)²⁰.

Double Click seguía un procedimiento de tres etapas para identificar a los consumidores: “DoubleClick sends a cookie to a browser and gives it a unique ID number.

¹⁹ Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 29.

²⁰ Chapman, Scott, Dhillon, Gurpreet, “Privacy and the internet, the case of Double Click, Inc.”, <http://www.isy.vcu.edu/~gdhillon/Old2/Old/Teaching/TeachingFall04/Fall-04-VCU-640-IS-KM/Cases/Case-DoubleClick.pdf>.

It then sends the same ID number on to the site that knows an individual's identity. This site (or company) then sends back the data that DoubleClick needs to look up an individual in the Abacus database. This enables DoubleClick to know who the individual is. The fact that Abacus contains names, addresses and retail information on 90% of American households creates a highly likely chance that they will be able to match the information quickly and efficiently”²¹.

La mecánica descrita derivó en sendos procedimientos judiciales iniciados por el Electronic Privacy Information Center (EPIC), en conjunto con la Federal Trade Commission (FTC) en el año 2000. Por otro lado, se inició en California una acción de clase indicando que Double Click se encontraba utilizando tecnologías de tracking (cookies) para identificar a las personas y recolectar información personal sobre ellas. En dichos reclamos, se cuestionó el hecho de que Double Click utilizara cookies para llevar a cabo una práctica de “online profiling”.

2) El concepto de derecho a la privacidad. Su regulación actual.

En estos casos estudiados, puede observarse que existe una vulneración al derecho a la privacidad de los distintos usuarios. Solove lleva a cabo una interesante conceptualización de la privacidad, indicando que tal derecho puede ser entendido dentro de las siguientes categorías: (i) the right to be let alone; (ii) limited access to the self; (iii) secrecy; (iv) control of personal information; (v) personhood; e (vi) intimacy. No es objeto del presente trabajo ingresar en el detalle de estos aspectos del derecho a la privacidad. Dado que todas estas categorías son pasibles de recibir críticas, Solove propone una visión pragmática del derecho a la privacidad. El autor explica que “[a] conception of privacy must be responsive to social reality since privacy is an aspect of social practices”²². De este modo, sugiere “[t]herefore, determining what the law should protect as private depends upon a normative analysis, which requires us to examine the value of privacy in particular contexts”²³; y continúa diciendo “(...) our policy decisions must account for the effects of such interference on people's psychological well-being”²⁴.

²¹ Chapman, Scott, Dhillon, Gurpreet, ob. cit., p. 4.

²² Solove, Daniel J., ob. cit., p. 1142.

²³ Solove, Daniel J., ob. cit., p. 1143.

²⁴ Solove, Daniel J., ob. cit., p. 1144.

En el marco regulatorio argentino, la intimidad es considerada un derecho personalísimo, el cual tiene su fuente en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Dicho artículo establece una zona de libertad individual, exenta de las acciones del Estado.

Asimismo, es preciso mencionar que el derecho a la intimidad es reconocido en tratados internacionales a los que la República Argentina otorgó jerarquía constitucional. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”. Asimismo, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

La jurisprudencia argentina ha ido desarrollando en mayor medida este concepto de derecho a la privacidad: *“En principio se estableció que el derecho a la privacidad e intimidad, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o **datos** que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y **cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significan un peligro real o potencial a la intimidad** (CSJN, 15-4-93, E. D. 152-569). Ya se había expresado con voto de Boggiano que cabe tener presente que actualmente la información es propiedad que se compra y se vende, y ante los traficantes de la intimidad, el derecho protege también la vida privada (...)”* (resaltado propio)²⁵.

Resulta interesante mencionar a este respecto lo desarrollado por el Juez Petracchi en el fallo “Ponzetti de Balbín”²⁶, en el cual se inició un reclamo contra la revista “Gente” por haber publicado una imagen del político Ricardo Balbín en un estado agonizante. Citando a Brandeis en el caso “Olmstead v/ United States”, sostiene que *“La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de*

²⁵ <http://www.protectora.org.ar/base-de-datos-veraz-nosis-codeme/la-proteccion-de-la-privacidad-en-la-republica-argentina/973/>

²⁶ “Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida S.A.”, 11/12/1984, Fallos 306-1892.

la persona y un rasgo diferencial entre el estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”.

Más adelante, a efectos de explicar mejor qué debe entenderse dentro del derecho a la privacidad, cita a Thomas I. Emerson en *“The System of freedom of expression”*, quien indica que *“[e]l Derecho de privacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal”*. Y continúa diciendo que *“(…) el mantenimiento de la privacidad se enfrenta a dificultades crecientes a medida que nuestro país se vuelve más populoso, nuestra sociedad más técnica, nuestro modo de vivir más intenso (…)”*.

Por último, en virtud de lo expuesto, el juez Petracchi concluye que debe protegerse *“(…) un área de exclusión sólo reservada a cada persona y sólo penetrable por su libre voluntad. Tal exclusión no sólo se impone como un límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares, especialmente cuando éstos integran grupos que, en el presente grado de desarrollo de los medios de comunicación, se han convertido en factores que ejercen un poder social considerable, ante los cuales no cabe dejar inermes a los individuos”* (el resaltado me pertenece).

Siguiendo con esta línea de razonamiento, es necesario citar al actual artículo 1770 del Código Civil y Comercial: *“El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias (…)”* (resaltado propio). Resulta oportuno mencionar que el Código Civil y Comercial entró en vigencia en el año 2015, por lo que no es posible alegar que su contenido se debe a que fue sancionado en un contexto totalmente distinto al actual.

Más específicamente relacionado al tema bajo estudio, es preciso analizar el contenido de la actual ley 25.326 de Protección de los Datos Personales. Dicha ley, en su artículo 5°, establece como principio general que es ilícito todo tratamiento de datos sin el consentimiento de su titular. Recién en su artículo 27 vinculado a la recopilación de datos con fines de publicidad, se autoriza el tratamiento de datos para la formación de perfiles, pero nuevamente establece que los datos deben ser brindados por los titulares u obtenidos con su consentimiento.

Únicamente en la reglamentación de esta ley puede observarse cierta desregulación aplicable al uso de cookies en internet. En efecto, la reglamentación del referido artículo 27 autoriza la formación de perfiles sin consentimiento del titular, pero siempre que los datos sean utilizados para la creación de categorías genéricas. Este artículo es muy similar al incluido en el Proyecto de Ley de Datos Personales actualmente bajo estudio por el Congreso de la Nación. Por lo tanto, se hará un estudio más profundo del mismo más adelante en el presente trabajo.

Analizando la normativa citada en su conjunto, puede entenderse entonces que la obtención de información personal como la que permite la tecnología bajo estudio no se encuentra permitida. Por el contrario, debe pensarse que la normativa argentina se encuentra situada, principalmente, bajo un paradigma según el cual la invasión a la privacidad por sí misma, incluyendo la obtención de datos de las personas por medio de cookies, genera perjuicios a la “víctima”.

Bajo la referida normativa, cabe concluir que la utilización de cookies en internet debe ser considerada una invasión al derecho a la privacidad de cada individuo. Como tal, si se realiza arbitrariamente, esto es, sin su consentimiento expreso, o en el caso de la publicidad, si se realiza sin la conformación de categorías genéricas, debe obligarse a las empresas a que cesen en tales actividades, pagando la indemnización correspondiente. Es necesario tener presente que, como se ha mencionado, las compañías que principalmente utilizan las cookies para la recopilación de datos personales encajan perfectamente en la definición del juez Petracchi como “grupos que se han convertido en factores que ejercen un poder social considerable”. Dicho escenario agravaría las conclusiones arribadas anteriormente.

Entonces, bajo este paradigma, no cabrían dudas de que debe existir una regulación **estricta** sobre el uso de cookies en internet, en tanto violatorias de un derecho reconocido por la constitución nacional. Es en este punto en el que se torna necesario analizar si el referido paradigma resulta adecuado.

Retornando a la conceptualización que realiza Solove sobre la privacidad, cabe preguntarse si el paradigma utilizado por la normativa citada se ajusta a la realidad y contexto actual. Esto es, en el ámbito de internet, ¿toda invasión a la intimidad genera perjuicios a la víctima o, en determinadas circunstancias, existen resultados económicos que ameritarían una norma más flexible en la materia?

B) El derecho a la privacidad en el ámbito de las cookies: una visión económica.

Señala Cofone que “[t]he puzzling aspect of the normative debate is that while much of the normative economic literature argues categorically against privacy protection, most of the legal literature does not address these arguments and moves directly to second order questions of degree and manner: to what extent privacy should be protected and how”²⁷. Efectivamente, si se finaliza el análisis en la conclusión del punto anterior, mirando el tema exclusivamente desde un punto de vista jurídico, no existe discusión posible en cuanto a los resultados negativos que tiene la utilización de cookies en internet como violatoria al derecho a la intimidad de cada individuo.

Ahora bien, para completar el análisis, resulta interesante ir más allá para profundizar sobre algunos resultados económicos que genera el uso de cookies en internet. Se ha indicado que las cookies permiten la realización de prácticas como “targeted advertising” y “price discrimination”. A continuación, se profundizará sobre estas dos prácticas, a efectos de determinar si, desde una perspectiva económica, el paradigma tenido en cuenta actualmente por la regulación, resulta igualmente aplicable.

1) Targeted advertising.

Como se explicó anteriormente, existe una gran parte de la literatura económica que se encuentra en contra de la regulación del uso de cookies y, como consecuencia, de la protección de la privacidad en internet. En un primer acercamiento al tema, es necesario reconocer que esa conclusión sería, desde el punto de vista económico, la más acertada. Efectivamente, hemos visto en el juego planteado al inicio del Capítulo II que, **con consumidores debidamente informados y asumiendo que los mismos pueden decidir entre compartir sus datos personales o no**, la divulgación de los datos personales en internet resulta en una mejora de Pareto para ellos.

Por otro lado, como se ha dicho, la utilización de cookies permite la realización de “targeted advertising” o “behavioural advertising”. Esta práctica implica que cada consumidor o usuario de internet reciba publicidad de acuerdo a sus intereses. De este modo, se generan dos efectos positivos: por un lado, se logran resolver problemas de

²⁷ Cofone, Ignacio, “Privacy”, en Marciano A., Ramello G. (eds) Encyclopedia of Law and Economics, Springer, New York, NY.

información asimétrica, una de las fallas más comunes en el mercado; por otro lado, como consecuencia de lo primero, se produce una reducción en los costos de búsqueda y transacción para la concreción de operaciones en internet.

a) Información asimétrica: una falla limitada por las cookies.

Resulta oportuno recordar que, según explica Stordeur “[s]e ha mostrado que en el caso de los mercados competitivos, las acciones individuales convergen guiadas por los incentivos y la información contenidas en el sistema de precios. Sin embargo, existen situaciones paradigmáticas donde tal cooperación y coordinación de expectativas no se cumple en los mercados. Son casos de fallas o imperfecciones de mercado donde el autointerés de los participantes lleva a equilibrios ineficientes que no satisfacen el óptimo de Pareto; es decir que los bienes no se asignan en sus usos más valiosos, quedando disponibles estados distributivos que incrementan el bienestar de los participantes en el mercado. La eficiencia en los mercados requiere de algunas condiciones. Cuando estas condiciones están ausentes en un nivel significativo, los mercados enfrentan problemas de eficiencia o fallas de mercado”²⁸.

Una de estas fallas de mercado es la información asimétrica. Continúa explicando Stordeur: “Hayek, en un célebre artículo, sugirió que una función central del sistema de precios es centralizar la información y conocimiento disperso, a veces tácito, permitiendo que los operadores de mercado tomen mejores decisiones en términos de coordinación (...) La eficiencia, en suma, puede lograrse bajo condiciones mucho menos exigentes que las usualmente consideradas. Pero hay casos paradigmáticos en los cuales los precios fallan a la hora de transmitir adecuada información llevando a resultados ineficientes. Son los casos donde operan problemas de información asimétrica, casos donde la información es muy costosa o está mal distribuida, razón por la cual la extensión de los intercambios se ve limitada a menos transacciones con la consiguiente pérdida de excedentes. La asimetría de la información sucede cuando en un mercado el vendedor tiene mucha más información que el comprador sobre la calidad de los bienes”²⁹.

²⁸ Stordeur, Eduardo (h), “Análisis Económico del Derecho: Una introducción”, p. 79.

²⁹ Stordeur, Eduardo, ob. cit., p.84.

Como hemos dicho en el capítulo II, es este problema de información asimétrica el que justifica la mayor parte de la regulación en materia de Defensa del Consumidor, la cual está fuertemente relacionada con el objeto del presente trabajo. Es por ello que una de las obligaciones centrales de la Defensa del Consumidor es la de los productores y prestadores de servicios de brindar información adecuada para los consumidores. Sin ir más lejos, la Ley de Defensa del Consumidor, establece en su artículo 4º: *“El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización”*³⁰.

En igual sentido, la regulación sobre lealtad comercial actualmente vigente (decreto 274/2019), sanciona a la publicidad engañosa, entendida como *“(…) la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”*³¹.

Explican Acciari y Tolosa que *“[e]l acceso a tal información es costoso, por lo tanto, cuanto más costoso resulte acceder a la información relevante, menos incentivos tendrá el consumidor para invertir en informarse y, así, -paradójicamente-, será racional que no lo haga. Asimismo, la limitada capacidad del consumidor no sólo para acceder sino también para procesar o computar la información que posee respecto del producto, constituye una clara desventaja”*³².

b) La reducción de costos de transacción

Los autores Moazed y Johnson realizan un pormenorizado análisis de las plataformas. En el mismo, explican que el principal objetivo de las plataformas, y una de las razones por las cuales son exitosas, es porque ayudan a reducir costos. A este respecto, indican que *“[t]he term transaction cost coined by the economist Roland Coase, refers to any cost*

³⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

³¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/322236/norma.htm>

³² Acciari, Hugo A., y Tolosa, Pamela, *“La Ley de Defensa de Consumidor y el Análisis Económico del Derecho”*, en Picasso, S. y Vazquez Ferreyra, R. A. (directores), *“Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”*, Tomo 2, 1º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 7.

incurred in making an exchange. Another term for it is a coordination cost. In essence, a transaction or coordination cost is the cost of participating in an interaction. Transaction costs arise because markets and communities in the real world aren't like the perfect markets you learn about in Economics 101. For one thing, they lack the perfect information that these perfect-market models assume to exist. Transaction costs arise out of this and other imperfections or deviations from the ideal market scenario"³³. Aclaran los autores que estos costos no necesariamente se reflejan en pérdidas monetarias, sino que en muchos casos sólo se perciben como costos no monetarios. Al clasificar los costos, una categoría que mencionan es la de costos de búsqueda e información ("search and information costs").

Es sencillamente observable que el uso de cookies puede cumplir un rol central en la reducción de estos costos. Resulta claro para cualquier usuario que, el sólo hecho de realizar una búsqueda de un producto en una página específica, puede provocar la inmediata recepción de publicidad relacionada en sitios de terceros (caso de las "third party cookies") o el ofrecimiento de productos relacionados en la misma página que se está visitando ("first party cookies").

La recepción de publicidad de acuerdo a los intereses propios, es una importante fuente de información para los consumidores. La regulación en la materia exige que la información brindada a los consumidores sea cierta y que toda publicidad deba evitar la confusión. Existe innumerable cantidad de casos, que exceden el objeto del presente trabajo, en los que se aplicaron sanciones a distintas empresas frente a incumplimientos a la regulación de lealtad comercial mediante la realización de publicidad engañosa.

Por lo tanto, conjugando estos dos elementos, esto es, que la publicidad recibida por los consumidores, gracias a las cookies, está relacionada con productos que son de su interés y que, en base a la regulación sobre defensa del consumidor, tal publicidad no puede contener información inexacta o falsa, es posible concluir que las cookies son un importante elemento para la reducción de los costos de búsqueda.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la publicidad no sólo es una fuente de información por el contenido de la misma. La publicidad es también considerada por los consumidores una fuente de información por el efecto representativo que posee. En este sentido, explica Ippolito que "[m]ost consumers have the intuitive idea that the statement 'I

³³ Moazed, Alex, Johnson, Nicholas L., *"Modern Monopolies"*, St. Martin's Press New York, p. 62.

never heard of it' about a new product or firm, is an indictment of quality –that if one 'knows' the brand, somehow it conveys quality assurance (...)". Por ello, Ippolito concluye que "[a]dvertising can be viewed in part as a quality assurance bond because if the product is not as good as promised, the seller cannot recoup its advertising investment" ³⁴.

Por lo expuesto, es claro el arribo a la conclusion que señala Acquisti, *"De Corniere (forthcoming) shows that when consumers actively search for products, targeting leads to more intense competition. In a framework in which consumers search sequentially after having entered a query on a search engine, he shows that **targeting reduces search costs, improves matches between consumers and firms, and intensifies price competition**"* ³⁵ (resaltado propio). En igual sentido, Braghieri cita a Bergemann y Bonatti, quienes señalan que *"(...) targeting improves the quality of the match between consumers and advertisement messages (...)"*, concluyendo que *"(...) consumers are arguably better off in that they need not spend as much time and effort searching for products that match their tastes"* ³⁶.

Al menos en este aspecto en particular, no queda más que concluir que una regulación que limite el uso de las cookies sería ineficiente desde el punto de vista económico, pues la publicidad segmentada contribuye a reducir costos y aumenta el matching entre consumidores y productores. Por lo tanto, en estos términos, la utilización de cookies resulta beneficiosa para el mercado, generando una concreción de operaciones más cercana a la eficiente.

c) Otro aspecto positivo: la selección adversa.

Hemos estudiado en profundidad como las cookies permiten a las empresas obtener información precisa respecto a las características de cada usuario, sus conductas, hábitos de compra, etc. Esta mayor información puede tener efectos positivos no sólo permitiendo un mejor "matching" para la compra de productos en internet, sino que también puede tener estas consecuencias frente a mercados caracterizados por fenómenos de "selección adversa".

³⁴ Ippolito, Richard, *"Economics for Lawyers"*, 2005, p. 295.

³⁵ Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 18.

³⁶ Braghieri, Luca, ob. cit., p. 2.

Ippolito define que “[a]dverse selection occurs when buyers select in on a basis that increases the cost of providing the product (...) While sellers might be able to observe some characteristics that affect costs, others are unobservable, which can make it difficult for some individuals to find the product at a price that is attractive to them”³⁷.

Nuevamente, también en estos casos, el hecho de que las empresas puedan contar con mayor información de los consumidores, puede derivar en una cantidad de operaciones en el mercado más cercana a la eficiente. Acquisti, Taylor y Wagman estudian este escenario con relación al mercado de los préstamos. Explican que “[t]he primary concern is that more stringent data protection regulations may lead to reduced access to credit, thus creating a trade-off with consumers privacy”. En dicho artículo, se cita a un análisis realizado por Kim y Wagman, según el cual “(...) in equilibrium, consumers apply to obtain loans from firms posting the lowest prices, despite anticipating more stringent loan approval processes. They then demonstrate that enabling firms to sell applicant data to interested downstream parties, such as insurers, can lead to even lower prices, higher screening intensities, and higher rejection rates of applicants; however, social welfare, overall, increases”³⁸.

De este modo, la utilización de cookies como fuente de acceso a los datos personales de los consumidores, genera un incremento en el bienestar económico general en mercados marcados por la selección adversa, pues la mayor información de los consumidores, permite a las empresas reducir los costos del bien o servicio y, en consecuencia, una mayor cantidad de consumidores pueden acceder al bien o servicio en cuestión a un precio acorde a sus posibilidades.

2) Discriminación de precios.

Ya se ha introducido en el marco del juego estudiado en el capítulo II del presente trabajo que, al decidir si divulgar sus datos personales o no, los individuos asumen el riesgo de que las empresas los graven con precios mayores, situación que se vuelve aún peor para los consumidores frente a la presencia de “behavioural consumers”.

³⁷ Ippolito, Richard, ob. cit., p. 299.

³⁸ Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 35.

A efectos de continuar en el análisis sobre la necesidad o no de una regulación en materia de cookies, resulta necesario profundizar en las consecuencias que tiene la discriminación de precios en el mercado. En efecto, si en todos los casos en los que se introduce la práctica de discriminación de precios, se llega a resultados eficientes, se tornaría más difícil argumentar económicamente a favor de una regulación de las cookies, sin perjuicio del contexto jurídico ya analizado.

a) Algunos ejemplos de discriminación de precios.

Ya en el año 2000, con tecnologías mucho menos desarrolladas que en la actualidad, BBC News publicó un artículo titulado “Amazon old customers’ pay more”³⁹. En dicho artículo, se explica que compradores regulares de Amazon expresaron su descontento en distintos fórums porque notaron que la eliminación de las cookies de su computadora llevaba a una reducción en los precios de los DVD vendidos por Amazon. En efecto, explica el artículo “[t]he key to the discounts seemed to be small files called cookies that many websites place on the computer of anyone visiting their site. The cookies record who that person is and what they have been doing. By deleting the cookies that Amazon had left on their computer, or using a browser that did not accept cookies, some customers found they were getting much bigger discounts”. De este modo, se analiza en el artículo que Amazon buscaba tentar a nuevos consumidores con mayores descuentos para que regresen al sitio.

Otro caso conocido se presentó en el año 2012, cuando los autores del Wall Street Journal Valentino-DeVries, Singer-Vine y Soltani realizaron un estudio similar y encontraron casos de discriminación de precios en sitios como Staples y Home Depot⁴⁰. Worstall en un artículo publicado en Forbes cita a esta investigación del WSJ indicando que “[a] Wall Street Journal investigation found that the Staples Inc. website displays different prices to people after estimating their locations. More than that, Staples appeared to consider the person's distance from a rival brick-and-mortar store, either OfficeMax Inc.

³⁹ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/914691.stm>

⁴⁰ <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>

or Office Depot Inc. If rival stores were within 20 miles or so, Staples.com usually showed a discounted price”⁴¹.

Por último, resulta oportuno citar a un reporte emitido por la Casa Blanca en el año 2015 respecto a “price discrimination” y los efectos que el big data puede generar en esta práctica. En dicho reporte, se comenta que todavía eran limitados los casos encontrados de price discrimination, lo que se explica porque “(...) *companies are moving slowly or remaining quiet, perhaps due to fears that consumers will respond negatively, but also because the methods are still being developed*”. Al respecto, consideran que, “(...) *companies’ reputational concerns may reflect a belief that consumers will view personalized pricing as unfair if the data are not reliable, if the buyer did not opt-in to the data collection process (as with loyalty programs), or if price differences are not framed as discounts (as with coupons)*”⁴².

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar dos reflexiones que realiza Borgesium. En primer lugar, citando a Odlyzko, explica que en muchos casos la discriminación de precios puede suceder de forma oculta, pues resulta difícil determinar cuándo un precio fluctúa en base a las características de una determinada persona o grupo y cuándo lo hace por otras razones del mercado, las cuales pueden no tener la connotación negativa que se le atribuye a la discriminación de precios. Por otro lado, concluye Borgesium que, si bien no se ha encontrado esta práctica en una gran cantidad de casos, “(...) *the technology to personalize prices is there, and if companies can use it legally to raise their profits, they can be expected to do so*”⁴³.

b) Requisitos para la discriminación de precios.

En el capítulo II del presente trabajo, hemos realizado una breve definición del concepto de discriminación de precios, entendida como la venta de un mismo bien o bienes similares a ratios distintos con relación a su costo marginal.

Para que la discriminación de precios sea viable, es necesaria la existencia de tres elementos. En primer lugar, debe ser posible distinguir entre las características de los

⁴¹<https://www.forbes.com/sites/timworstall/2012/12/25/why-does-online-pricing-discriminate/#2ddc9cb636a0>

⁴²https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_None_mbargo_v2.pdf, p. 14.

⁴³ Zuiderveen Borgesium, Frederik, ob. cit., p.4.

consumidores, para gravar a cada uno (o cada grupo) de acuerdo a sus intereses y posibilidades. Como ya fue ampliamente estudiado, las cookies vienen a prestar una ayuda invaluable para que se cumpla con este requisito en internet, pues permiten analizar las conductas de cada consumidor a lo largo de distintos sitios.

El segundo requisito es que el vendedor tenga suficiente poder de mercado para determinar precios por encima de sus costos marginales. En este sentido, resulta oportuno retomar el estudio realizado por Moazed y Johnson respecto a las plataformas. Estos autores señalan que las plataformas son un modelo de negocio que genera una batalla comercial que tiende a que un solo jugador resulte ganador en el mercado (“winner take all”). Por lo tanto, se descarta que las grandes plataformas, que son aquellas que cuentan con mayor información para llevar a cabo la discriminación de precios, tienen un poder de mercado adecuado para cumplir con este requisito. Regresaremos sobre este punto más adelante al analizar el efecto de las plataformas en la toma de decisiones de los individuos.

Por último, el tercer requisito es que la reventa de dicho producto sea imposible, muy costosa o prohibida, para evitar que se generen conductas de arbitraje entre consumidores. En el citado reporte emitido por la Casa Blanca en el año 2015 se indica que “(...) *consumers have several tools that can be used to undermine differential pricing. One of those tools is collective action, through negotiating group discounts. Another tool is arbitrage, or the ability to become a seller. For example, if a seller offers the same product in two cities (or through two distribution channels) at very different prices, an entrepreneurial buyer could purchase several copies in the low-price market and resell them at a profit in the high-price market, so long as the price difference exceeds the cost of transportation*”⁴⁴. En muchos casos, esta reventa es posible, lo que dificulta la discriminación de precios. Sin embargo, con relación a determinados productos en los que la discriminación de precios es más común, como las reservas de hoteles o pasajes de avión, la reventa sí se presenta como imposible.

c) **Clasificación de la discriminación de precios.**

⁴⁴https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_None_mbargo_v2.pdf, p. 6.

Existen distintas categorías de discriminación de precios que se explican en la doctrina. En primer lugar, se encuentra la discriminación de precios perfecta o de primer grado. Motta explica que, para que este tipo de discriminación de precios sea posible, el productor debe conocer a cada consumidor y el precio que valen sus productos para cada uno de ellos⁴⁵. De este modo, se encontraría en condiciones de cobrar a cada consumidor el precio exacto que está dispuesto a pagar por el producto en cuestión. De llevarse a cabo la práctica en estos términos, los productores se encontrarían en condiciones de extraer absolutamente la totalidad del “surplus” de los consumidores, pues cada consumidor pagaría el máximo precio al que desea adquirir el producto en cuestión. Por supuesto, la discriminación de precios perfecta no es posible en el mercado. No es factible alcanzar tal grado de conocimiento de todos los consumidores y establecer un precio distinto para cada uno de ellos.

Sin embargo, existen algunos estudios que ya alertan sobre la posibilidad de que el mercado se aproxime fuertemente a esta práctica. Por ejemplo, en el reporte de la Casa Blanca ya estudiado, se diferencia la discriminación de precios del “versioning”, sobre el cual se explica que “[f]irms often produce multiple versions of a product to encourage consumers to self-select into groups that pay different prices, even when it would be more cost efficient to sell a single design”⁴⁶. Dicho reporte indica que es posible que, a partir de las nuevas tecnologías, el versioning sea reemplazado por “personalized pricing”, pues las empresas podrían establecer un precio para cada consumidor, de acuerdo a sus características personales, justamente, lo que estamos estudiando como discriminación de precios de primer grado.

La segunda modalidad de la discriminación de precios, conocida como “second degree discrimination” implica no un conocimiento de cada consumidor, sino la existencia de distintos tipos de consumidores. Entonces, la práctica implica ofrecer un mismo producto bajo distintas condiciones y que sean los mismos consumidores quienes decidan en qué categoría situarse. Motta cita a algunos ejemplos que ayudan a entender mejor esta práctica. Por un lado, indica que los descuentos por cantidad son una clara muestra de

⁴⁵ Motta, Massimo, “*Competition Policy. Theory and practice*”, Cambridge University Press, 2003, capítulo 1.

⁴⁶ https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_None_mbargo_v2.pdf, p. 5.

discriminación de precios de segundo grado. Efectivamente, los proveedores ofrecen distintos precios por cantidad de productos adquiridos y son los consumidores quienes seleccionan qué cantidad de productos desean comprar y, de este modo, el precio que les resulta aplicado por ellos.

Otro ejemplo un poco más técnico son las tarifas en dos partes, muy comunes en los casos de servicios públicos. Implican gravar a los consumidores con una tarifa plana común a todos ellos y, adicionalmente, un precio variable en base a la cantidad del producto consumido. Como explica Motta, esta práctica se asemeja a los descuentos por cantidad, pues el precio unitario de consumo va reduciéndose a medida que el consumo es mayor.

Por último, la tercera categoría de discriminación de precios o “third degree price discrimination” implica agrupar a los consumidores de acuerdo a características fácilmente observables. Es común encontrar en el mercado descuentos para estudiantes, jubilados o, incluso, planes de membresía que permiten acceder a descuentos exclusivos. De este modo, los productores logran gravar con precios distintos a ciertos consumidores, seguramente, considerando que de otro modo, estos consumidores no adquirirían los productos ofrecidos.

d) Efectos de la discriminación de precios en términos de eficiencia.

Ya habiendo estudiado el concepto de la discriminación de precios y las distintas categorías existentes, corresponde profundizar en los efectos que tiene esta práctica en el mercado. Como podrá observarse, las consecuencias de la discriminación de precios son ambiguas. Es posible realizar dicho análisis en términos del bienestar económico general.

Explica Motta que “[i]n each given industry, welfare is given by total surplus, that is the sum of consumer surplus and producer surplus. The surplus of a given individual consumer is given by the difference between the consumer’s valuation for the good considered (or her willingness to pay for it) and the price which effectively she has to pay for it. Consumer surplus (or consumer welfare) is the aggregate of the surplus of all consumers. The surplus of an individual producer is the profit it makes by selling the good in question. Producer surplus is therefore the sum of all profits made by producers in the industry”⁴⁷. Generalmente, un aumento de precios reducirá el bienestar de los consumidores y aumentará el de los productores. En la mayoría de los casos, el aumento en

⁴⁷ Motta, Massimo, *ob. cit.*, p. 17.

el bienestar de los productores no alcanza a compensar los beneficios dejados de obtener por los consumidores, por lo que se genera una pérdida de eficiencia.

Con relación a la discriminación de precios, Motta estudia el efecto ambiguo en el bienestar económico general mediante un ejemplo entre países⁴⁸. Plantea la hipótesis de un monopolista que vende el mismo producto en Alemania y Portugal, siendo los costos de transporte nulos. En Alemania hay una demanda mucho mayor que en Portugal. Entonces, Motta plantea tres escenarios. El primero, en el que la discriminación de precios se encuentra libremente permitida. Lógicamente, ante este escenario, el productor determinará un precio mayor en Alemania que en Portugal.

El segundo es que la discriminación de precios esté prohibida y el productor decide continuar vendiendo sus productos en ambos países. En este escenario, el monopolista seguramente determinaría un precio promedio entre los dos países. De este modo, las ganancias del productor se reducirían, al no poder extraer una mayor parte del excedente de los consumidores; los consumidores de Alemania se verían beneficiados, pues pagarían un precio menor al anterior; y, a la inversa, los consumidores de Portugal se perjudicarían, ya que el precio sería mayor al que pagaban anteriormente. En términos generales, explica Motta que el beneficio total sería mayor que en la situación anterior.

El tercer escenario implica que la discriminación de precios esté prohibida y el productor decide dejar de vender sus productos en Portugal, dado el pequeño tamaño que este tiene con relación a Alemania. En este caso, las consecuencias en el bienestar económico general serían negativas. En efecto, las ganancias del productor serían menores que en el escenario con discriminación de precios, pues pierde sus ganancias en Portugal; los consumidores de Portugal también pierden el excedente que podían tener en el primer escenario (obviamente, se está estudiando un escenario sin discriminación de precios perfecta, atento a la imposibilidad técnica de llevarse a cabo la misma); por último, los consumidores alemanes se encontrarían en la misma situación que la anterior.

Por lo tanto, de los tres escenarios planteados, pueden observarse los efectos ambiguos de la discriminación de precios. Si se compara con el segundo escenario, la discriminación de precios existente en el primer escenario genera una reducción en el excedente total del mercado y, por lo tanto, una pérdida de eficiencia. Sin embargo, si se compara con el tercer

⁴⁸ Motta, Massimo, ob. cit., capítulo 7, p. 80.

escenario, en el cual el productor decidiría abandonar un mercado, el excedente total sería mayor si se permitiera la discriminación de precios.

Motta explica esta ambigüedad en los siguientes términos: “(...) *price discrimination would allow firms to reduce prices to categories of consumers who would not buy otherwise, thus increasing the total quantity sold, and economic theory shows that price discrimination unambiguously reduces welfare only when it does not raise total output, whereas the sign of welfare change is ambiguous in all other cases*”⁴⁹ (resaltado propio).

Borgesius coincide con esta conclusión, señalando que: “(...) *a welfare economic stance towards price discrimination is ambiguous. Under the right circumstances, price discrimination can increase total welfare and can even be averagely beneficial for consumers, provided it leads to a substantial increase in total output. On the other hand, price discrimination can lead to a transfer of welfare from consumers to sellers or even to a reduction of total welfare. In any case, consumers with a high willingness to pay will most probably be worse off under price discrimination*”⁵⁰.

En términos de eficiencia, es preciso recordar el concepto desarrollado por Kaldor y Hicks, quienes sostienen la posibilidad de que exista eficiencia aún ante la presencia de sujetos que resultan perdedores: “*Un estado de cosas X, es superior en los términos de Kaldor Hicks a otro “Z” si y sólo si quienes se benefician en “X” estarían en condiciones de compensar a quienes se perjudican y mantener todavía su calidad de ganadores. Se lo denomina criterio de la compensación potencial en tanto dicha compensación es hipotética y no necesariamente debe proceder en la realidad de los hechos y constituye una mejora potencial en el sentido de Pareto en tanto hipotéticamente quienes ganan en X habrían estado en condiciones de compensar antes del cambio a quienes pierden, de modo tal que éstos habrían hipotéticamente aceptado X; puesto en otros términos que los perdedores de X quedan indiferentes entre la elección entre X e Y*”⁵¹.

De este modo, si bien algunos consumidores de forma particular podrían verse perjudicados, podría sostenerse que cuando hay un aumento en la cantidad de transacciones y, como se ha estudiado, eso produce un incremento en el excedente total, los resultados de la discriminación de precios son eficientes. En efecto, esto implicaría que los productores

⁴⁹ Motta, Massimo, ob. cit., capítulo 7, p. 81.

⁵⁰ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p.9.

⁵¹ Stordeur, Eduardo, ob. cit., p. 34.

se encontrarían en condiciones de compensar las pérdidas sufridas por algunos consumidores, en tanto sus ganancias fueron mayores. En el caso contrario también estudiado, la discriminación de precios no sería eficiente, ya que las pérdidas serían mayores a las ganancias de la contraparte.

Dado que los resultados de la utilización de cookies en términos de discriminación de precios puede tener efectos positivos o negativos en el excedente total, no es posible concluir como en el acápite anterior que el hecho de no regular las cookies tendrá sólo efectos positivos en el mercado. Sin embargo, la posición contraria tampoco sería válida en tanto, en muchos casos, si se permitiera la utilización de cookies libremente, esto llevaría a un incremento en el bienestar económico general.

e) Otros aspectos positivos y negativos de la discriminación de precios.

No es objeto del presente trabajo adentrarse en los efectos que puede tener esta práctica en el marco de la Defensa de la Competencia. Sin embargo, resulta interesante realizar una breve mención sobre este tema, a efectos de continuar resaltando distintas consecuencias positivas y negativas que el hecho de no regular las cookies podría tener en el mercado en términos de discriminación de precios.

Como elemento negativo, basta decir que la discriminación de precios, en determinadas circunstancias, puede ser una herramienta útil para la determinación de precios predatorios, generándose de este modo una situación de abuso de posición dominante tendiente a eliminar a competidores del mercado. Borgesius hace referencia a esta posibilidad en los siguientes términos: “(...) *price discrimination can enhance market power: In the example above, the uniform price that was optimal for the monopolist would leave half the market unsupplied, thereby leaving room for competitors to serve the low end of the market. By using price discrimination, the monopolist can serve the entire market, with the result that it can increase its economies of scale and network effects. Thus, price discrimination can help to monopolize a market and to make market entry unattractive for competitors*”⁵². De este modo, la discriminación de precios podría tener efectos negativos para la existencia de mercados competitivos.

⁵² Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p.8.

Otro aspecto negativo es planteado por Borgesijs en el ámbito de behavioural economics, más precisamente, con relación a la aversión a las pérdidas. Thaler al definir la “Prospect Theory” explica que *“I assume that people perceive outcomes in terms of the value function of Kahneman and Tversky’s (1979) prospect theory. The value function can be thought of as a representation of some central components of the human perceived pleasure machine. It has three important features, each of which captures an essential element of mental accounting: (...) (3) Loss aversion: Losing \$100 hurts more than gaining 100 (...)”*⁵³.

Esta aversión a las pérdidas, analiza Borgesijs, lleva a que, para un consumidor, sea más importante descubrir que debido a la práctica de “price discrimination” pagó un precio mayor, versus una situación en la cual obtuvo un descuento. En base a esto, sin perjuicio de los efectos ambiguos ya estudiados, la discriminación de precios es percibida como un elemento negativo por los consumidores. De este modo, puede generarse desconfianza en los consumidores respecto al comercio online, reduciéndose en consecuencia la cantidad de operaciones que se llevan a cabo por debajo de lo económicamente eficiente.

Por el contrario, como aspecto positivo, vale mencionar el efecto favorable que puede tener la discriminación de precios sobre la inversión. Al respecto, indica Motta que *“[p]rice discrimination might affect welfare in a long-run perspective too, by modifying firms’ incentives to innovate”*⁵⁴. Dado que el costo de desarrollar un nuevo producto es independiente de la cantidad de productos a ser fabricados, si dicho costo se encuentra entre el beneficio que pueden obtener las empresas en escenarios con discriminación de precios y otros con precio uniforme, las empresas sólo procederán a invertir para el desarrollo de nuevos productos en el primer escenario.

C) Algunas conclusiones preliminares.

Hemos visto hasta aquí que en términos jurídicos, existe un paradigma según el cual toda invasión a la privacidad debe encontrarse, cuanto menos, regulada de forma estricta, en tanto resulta violatoria del derecho constitucional a la intimidad de las personas. Desde esta perspectiva, no habría mucho margen para la discusión en cuanto al uso de cookies en

⁵³ Thaler, Richard H., “Mental accounting matters”, Journal of Behavioral Decision Making, 12, 1999, p. 185.

⁵⁴ Motta, Massimo, ob. cit., capítulo 7, p. 81.

internet. Efectivamente, tratándose las cookies de un mecanismo para la obtención de datos personales de los usuarios, deben ser consideradas una invasión a la privacidad.

Sin embargo, si llevamos el análisis a un contexto económico, es posible observar que existen fuertes argumentos para desregular el uso de cookies en internet. Por un lado, esta mecánica tiene efectos claramente positivos a fin de limitar una falla de mercado como es la información asimétrica. Al permitir que los consumidores reciban publicidad de acuerdo a sus intereses, existe un mayor grado de información para los mismos y aumenta el matching entre consumidores y productores. De este modo, asimismo, se puede generar un incremento en la cantidad de operaciones en el mercado con menores costos de transacción.

Por otro lado, si la desregulación de las cookies generara prácticas de discriminación de precios, se ha estudiado que más allá de la connotación negativa que puede tener, esta práctica también puede tender a resultados eficientes, siempre y cuando se logre aumentar la cantidad de productos comercializados. En el caso bajo estudio, si el targeted advertising genera un incremento en el matching, como se vio en el párrafo anterior, es dable pensar que el efecto de las cookies será precisamente un aumento en el output.

Entonces, bajo estas premisas, se torna cuanto menos cuestionable si una regulación de las cookies es efectivamente necesaria o si, dado los efectos positivos que tiene la invasión a la intimidad en este caso puntual, resulta más aconsejable una desregulación en la materia.

IV. ¿Es necesaria una regulación de las cookies?

Se han efectuado estudios que determinaron que el targeted advertising realizado a través de Facebook fue un factor determinante para que Trump ganara las elecciones en los Estados Unidos. Al respecto, se señala que *“Republican Donald Trump's team spent \$44 million on Facebook, running 175,000 different adverts during the 2016 election campaign, compared to a spend of \$28 million by Democrat Hillary Clinton. These campaigns target Facebook users based on factors such as gender, location or political allegiance. This micro-targeted advertising on social media was highly effective in persuading undecided voters to support Trump, as well as in convincing Republican supporters to turn out on polling day. In particular, it increased the probability that a non-aligned voter would*

decide to vote for candidate Trump by at least five percentage points, according to the results of the study”⁵⁵.

Cabe preguntarse si los usuarios de Facebook habrían modificado sus preferencias de privacidad en caso de conocer anteriormente que sus datos personales serían usados con estos fines. Al mismo tiempo, si el uso de estas herramientas resultó útil para influenciar las elecciones presidenciales de un país, resulta difícil imaginarse qué otros resultados puede traer aparejado en el futuro, con el continuo avance de estas tecnologías y de las ciencias que estudian la psicología humana.

Es en estas cuestiones en las que se profundizará a lo largo del presente capítulo. Se procederán a incorporar al análisis algunos elementos que hemos introducido en el capítulo II, pero hasta el momento, no se han considerado para el estudio sobre la necesidad o no de una regulación en materia de cookies.

Existen algunos factores que deben ser tenidos en cuenta, en tanto tienen influencia en la decisión de los individuos sobre la autorización a las empresas para que accedan a sus datos personales, al mismo tiempo que les impiden tener un cabal conocimiento sobre las consecuencias que autorizar el uso de cookies puede tener. Entre dichos elementos que limitan el libre consentimiento de las personas, es preciso mencionar a la información asimétrica existente en internet, el efecto que las plataformas puede tener en las decisiones de las personas y, por último, las consecuencias que pueden tener en la toma de decisiones de los individuos algunos sesgos cognoscitivos.

A) Información asimétrica: su influencia en brindar el consentimiento.

En el sitio de noticias Fox News, se publicó un artículo según el cual la firma británica Game Station obtuvo el consentimiento para ser titular del alma de sus usuarios. Lograron esto mediante la inclusión, en los términos y condiciones de su página web, de la siguiente cláusula: *“By placing an order via this Web site on the first day of the fourth month of the year 2010 Anno Domini, you agree to grant us a non transferable option to claim, for now and for ever more, your immortal soul. Should we wish to exercise this option, you agree to surrender your immortal soul, and any claim you may have on it, within 5 (five) working days of receiving written notification from gamesation.co.uk or one of its duly authorized*

⁵⁵ <https://phys.org/news/2018-11-impact-facebook-advertising-elections.html>

minions”⁵⁶. Por supuesto, los usuarios nunca leyeron los términos y condiciones de la página web y brindaron su consentimiento con la cláusula en cuestión.

Según Borgesius, “[t]here are several reasons why almost nobody reads privacy policies. First, life is too short. Reading them would take too much time. Cranor & McDonald calculated that it would cost the average American 244 hours per year to read the privacy policies of the websites she visits. This would be about 40 minutes a day, or about half of the time that the average American spent online every day (in 2006). Expressed in money, this cost would be around 781 billion dollars, while all online advertising income in the United States was estimated to be 21 billion dollar in 2007. Second, privacy policies are often long and difficult to read (...) Third, privacy policies are often vague (...) Fourth, if somebody deciphers a privacy policy her quest might not be over. Privacy policies often refer to other privacy policies”⁵⁷.

Estas cuestiones nos llevan al primer impedimento que tienen las personas para brindar libremente su consentimiento con el uso de sus datos personales en internet. En efecto, con relación a este tema, existe claramente un grave problema de información asimétrica. Los usuarios muchas veces desconocen la utilización de cookies o, aún existiendo una advertencia sobre el uso de las mismas, no alcanzan a vislumbrar, por ejemplo, qué uso se les da a las mismas y los beneficios y perjuicios que ello trae aparejado. En este sentido, vale retornar al ejemplo citado anteriormente sobre la influencia de Facebook en las elecciones presidenciales de Estados Unidos y el cuestionamiento que se planteó al inicio del presente capítulo: ¿qué postura habrían adoptado los usuarios, si hubieran conocido que la obtención de sus datos personales por parte de esta plataforma derivaría en una influencia sobre sus preferencias para votar?

Con relación a este tema, Borgesius explica que las “[i]nformation asymmetries hamper meaningful consent to behavioural targeting. Internet users have less information about behavioural targeting than companies. Many companies track people for behavioural targeting without people being aware. But even if companies would ask people consent, information asymmetries would be a problem. Few people are aware to what extent companies collect data about their online behaviour, and of the possible

⁵⁶ <https://www.foxnews.com/tech/7500-online-shoppers-unknowingly-sold-their-souls>

⁵⁷ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p. 32.

*consequences. When one sees the release of personal data as payment for “free” services, it’s clear that there are information asymmetries”*⁵⁸.

Borgesius, citando a Aquisti, enumera la existencia de tres categorías de información asimétrica que impiden el libre consentimiento por parte de los usuarios: primero, las personas no saben qué van a hacer las páginas web con sus datos; segundo, aún conociendo los objetivos de la recolección de los datos personales, los usuarios no podrían dilucidar las consecuencias; y tercero, si los usuarios pueden determinar los dos primeros puntos, todavía tendrían el impedimento de establecer el valor que el otorgamiento de sus datos personales (o el consentimiento para que los sitios de internet los obtengan) tiene. Este punto se relaciona con otro que se desarrollará más adelante: la dificultad para los individuos de valorar los daños que el uso de cookies les genera. De este modo, también será complejo para ellos realizar un análisis costo-beneficio para brindar un consentimiento informado y libre a la hora de autorizar la utilización de cookies.

B) El efecto de las plataformas.

Si bien no es empíricamente cierto, podría asumirse que los usuarios tienen plena información respecto a los usos de los datos personales en internet y las consecuencias que ello trae aparejado. Ahora bien, resulta interesante plantearse si, contando con dicha información, las personas tienen plena libertad para brindar su consentimiento. En este sentido, es preciso estudiar el efecto que las plataformas tienen en la toma de decisiones.

Las plataformas son definidas como “(...) *a business model that facilitates the exchange of value between two or more user groups, a consumer and a producer. In order to make these exchanges happen, platforms harness and create large, scalable networks of users and resources that can be accessed on demand. Platforms create communities and markets allow users to interact and transact*”⁵⁹.

Previo a adentrarse en por qué las plataformas, en cierto modo, limitan la libertad de los individuos para aceptar la utilización de sus datos personales en internet, cabe mencionar que este modelo es más eficiente que los antiguos negocios lineales, pues como explican Moazed y Johnson, “[w]hen a platform adds a new user, that person doesn’t add

⁵⁸ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p. 28.

⁵⁹ Moazed, Alex, Johnson, Nicholas L., ob. cit., p. 50.

just a single relationship but rather a potential relationship with all of the platform's users. In other words, platforms grow exponentially rather than linearly"⁶⁰. Debe tenerse presente que el costo marginal de incorporar un nuevo cliente para este modelo de negocio es prácticamente nulo.

Entonces, concluyen Moazed y Johnson, "[t]he challenge is a unique one: how to get potentially millions of people to behave the way you want them to do. First, you must attract users to join, then you aid them by matching them together, providing the technology to facilitate the transaction and establishing the rules that govern the network in order to build trust and maintain quality"⁶¹. Al respecto, los autores analizan que las plataformas deben lograr superar la "masa crítica", es decir, alcanzar que el costo de ingresar a una plataforma para un usuario sea inferior al valor que esto le genera. Una vez superada esa masa crítica, tienen el camino allanado para obtener el mayor porcentaje de "market share".

En este sentido, vale resaltar el título del libro que se está tomando como base para este apartado: "*Modern Monopolies*". En efecto, una vez que las plataformas superan la masa crítica, resulta muy difícil para otros jugadores del mercado competir con ellos.

Por este motivo, como se ha dicho, Moazed y Johnson hablan de una competencia entre plataformas que caracterizan como "winner take all" y citan los siguientes ejemplos para demostrarlo: en el mundo de los sistemas operativos para celulares, iOS y Android tienen más del 90% del mercado; en buscadores de internet, Google tiene el 65% del mercado en Estados Unidos y más del 90% en Europa. No incluyen a otros ejemplos como Facebook, Uber o incluso páginas de comercio electrónico como Ebay, Amazon y Alibaba, pero claramente, las características del mercado son similares a las que se vienen estudiando. Incluso, en el libro, se describe el ejemplo de la competencia entre dos grandes plataformas como Ebay y Alibaba en el mercado chino, la cual terminó con Ebay debiendo salir de dicho mercado.

Debe tenerse presente que las plataformas brindan servicios a sus usuarios. Entonces, retomando la frase de Borgesius anteriormente citada, las personas perciben la autorización para acceder a sus datos personales como una justa contraprestación por los servicios

⁶⁰ Moazed, Alex, Johnson, Nicholas L., ob. cit., p. 53.

⁶¹ Moazed, Alex, Johnson, Nicholas L., ob. cit., p. 67.

recibidos. Al mismo tiempo, como se ha dicho, existen pocas o nulas alternativas para que los usuarios puedan recibir esos mismos servicios de terceros. Conjugando esta situación con el grado de información asimétrica existente en la materia, se puede concluir fácilmente que los consumidores se ven claramente incentivados a participar en las grandes plataformas, existiendo pocas alternativas para rechazar el uso de cookies que estas empresas llevan a cabo para la obtención de datos personales.

Más aún, estudian los autores que, justamente, las grandes plataformas logran evitar que sus usuarios migren a otras plataformas mediante la personalización de las experiencias en las mismas. En otras palabras, la utilización de cookies para obtener información de los usuarios trae aparejada que esas personas se vean más incentivadas para mantenerse en dicha plataforma.

Por último, resulta interesante señalar que, así como los consumidores se ven fuertemente incentivados a participar de las grandes plataformas, la realización de publicidad a través de las mismas por parte de las empresas, también resulta eficiente. Al respecto, por un lado, explican D'annunzio y Russo, que los consumidores suelen consultar a distintas páginas en poco tiempo. Dado que cada empresa sólo puede controlar la publicidad que se muestra en su propia página, el efecto de un anuncio publicitario puede verse reducido si es mostrado a un único consumidor en reiteradas ocasiones. En cambio, “(...) *outsourcing* (refiere a la tercerización de la publicidad en las plataformas) *is Pareto efficient from the perspective of the ad network and the publishers, for two reasons. First, the ad network centralizes the sale of ad impressions on different publishers, implying that the ad network is able to extract a larger share of the advertising surplus. Second, it is able to track consumers across outlets, reducing the waste of impressions*”⁶².

C) Behavioural economics.

Nuevamente, podríamos asumir la existencia de usuarios debidamente informados sobre los riesgos del uso de cookies en internet. Además, quizás es posible asumir que los individuos tienen plena libertad para participar o no de una plataforma. En este escenario, ¿tienen los sujetos plena libertad para autorizar o no la utilización de cookies?

⁶² D'Annunzio, Anna and Russo, Antonio, “Ad Networks, Consumer Tracking, and Privacy”, September 25, 2017, p. 15. CESifo Working Paper Series No. 6667. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3057912>.

Es interesante estudiar este tema desde el área de “behavioural economics”. La economía conductual es una rama de la economía que incorpora elementos psicológicos al análisis de las decisiones de los individuos. De este modo, se ha estudiado que las personas muchas veces toman decisiones que se apartan de lo racionalmente esperado. Además, se determinó que ello sucede debido a que basan sus decisiones en diversos sesgos comunes a todas a ellas, por lo que, en cierta forma, el comportamiento “irracional” resulta predecible.

Borgesius explica que varios de estos sesgos afectan a la toma de decisiones para brindar el consentimiento respecto al uso de cookies en internet. En primer lugar, hace referencia a la “myopia”. Al respecto, señala que las personas tienden a focalizarse más en los beneficios presentes que en los costos futuros. De este modo, si la aceptación de las cookies tiene un beneficio inmediato, como podría ser, por ejemplo, una mejor navegación a través de los sitios web o la recepción de un servicio por parte de la plataforma, los individuos tienden a minimizar los costos que la divulgación de sus datos personales puede tener en el futuro. Aquí, vale recordar que las plataformas brindan servicios a sus usuarios, por lo tanto, el beneficio inmediato resulta claramente observable.

Este “heuristic” puede resultar útil también para entender lo que se conoce como “privacy paradox”: *“(…) people say in surveys that they care about privacy, but often disclose personal data in exchange for minimal benefits, and few people use technical tools to protect their privacy online”*⁶³. Esta diferencia entre la teoría y la práctica puede entenderse en tanto, en un marco teórico, los individuos valoran su privacidad en contraposición a la recepción de publicidad segmentada, sin embargo, en la práctica, los usuarios se focalizan en el beneficio inmediato que obtienen, abandonando la concepción de la privacidad sobre la que basaron su respuesta en las encuestas.

Otro “desvío” que se relaciona con la “myopia” es el “optimismo”. Kahneman y Riepe explican que *“[o]ptimists exaggerate their talents: this is why more than 80% of drivers believe they are (...) above average. Many of them must be mistaken (...) Optimists also underestimate the likelihood of bad outcomes over which they have no control (...) Finally, optimists are also prone to an illusion of control. They tend to underestimate the role of chance in human affairs and to misperceive games of chance as games of skill”*⁶⁴.

⁶³ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p. 43.

⁶⁴ Kahneman, Daniel, Riepe, Mark W., *“Aspects of investor Psychology. Beliefs, preferences, and biases investment advisors should know about”*, The Journal of Portfolio Management Summer, 1998.

En el caso bajo análisis, este sesgo lleva a las personas a ser muy optimistas respecto a los riesgos de la divulgación de sus datos personales en internet. Consideran que dicha divulgación no tendrá efectos negativos, aún cuando dicha circunstancia no pueda ser controlada por ellos mismos. Muchos de los daños que se generan por la violación a la privacidad pueden derivarse del robo de los datos personales por parte de hackers. Claramente, esta situación no puede ser controlada por los usuarios, sin perjuicio de lo cual, la mayoría de ellos desestima la posibilidad de que tal violación ocurra.

Es interesante aplicar este sesgo al ejemplo de Facebook y las elecciones presidenciales en Estados Unidos. Conociendo la existencia de este riesgo, probablemente, la mayoría de los usuarios consideraría que ellos personalmente no podrían verse influenciados por el targeted advertising implementado por los equipos de campaña de los candidatos. En la práctica, se estudió que, al menos un importante porcentaje, sí lo fue.

Finalmente, resultan interesantes los efectos de otros “biases” como lo son el status quo y el framing. Respecto a este último, Borgesius cita un interesante estudio realizado por Cranor & McDonald. Según el mismo, la mayoría de los participantes no aceptarían pagar el precio de un dólar mensual para evitar que sus datos personales sean utilizados por los proveedores. Sin embargo, cuando se invierte la pregunta, la mayoría de los consumidores no aceptarían un descuento de un dólar para permitir que los proveedores utilicen sus datos personales. Es decir, en el primer caso, los individuos consideran que el valor de sus datos personales es inferior a un dólar. Por el contrario, en el segundo caso, los mismos individuos dan a sus datos personales un valor mayor a un dólar⁶⁵.

Este tema es estudiado de un modo interesante por Bellman, Johnson y Lohse, quienes profundizan sobre los distintos resultados que genera en las personas el hecho de que una misma posibilidad sea presentada como un “opt in” o como un “opt out”. En el tema bajo estudio, no sería lo mismo para los usuarios que se les requiera autorización para la utilización de cookies de forma positiva (opt in), respecto a que se les solicite que ejerzan la opción si desean excluirse de la utilización de cookies por parte de un determinado sitio.

Como ya fue mencionado en el Capítulo II del presente trabajo, los autores explican que el hecho de que las personas no tengan políticas fijas respecto a su privacidad en internet, genera que decidan su posición frente a las cookies sobre una base “case by case”.

⁶⁵ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p. 44.

De este modo, la forma en que se les realiza la pregunta, genera una influencia sobre la respuesta que se obtiene de cada persona.

Esta situación va de la mano con el “status quo” bias. Explica Borgesius que “[w]hen it comes to privacy choices, people tend to stick with the default (...)”⁶⁶.

Bellman, Johnson y Lohse estudiaron esta situación con el ejemplo de la participación en encuestas. Obtuvieron resultados que van desde el 44.2% de participación, cuando se plantea la pregunta con un framing negativo (opt out) y con una opción por default de no participar, hasta el 89.2% de participación cuando la pregunta es hecha con un framing positivo (opt in) y la alternativa por default es de participar⁶⁷.

Lo expuesto demuestra claramente que la libertad de las personas para brindar su consentimiento respecto a la utilización de “cookies” se encuentra claramente limitada por estos aspectos estudiados desde la rama de “behavioural economics”.

D) Entonces, ¿es necesaria una regulación?

Dado el grado de información asimétrica existente en la materia y, al mismo tiempo, los distintos elementos que limitan la libertad de los individuos para autorizar o no la utilización de cookies en internet, podría concluirse que una regulación resulta necesaria. Sin embargo, distinto a lo que podría esperarse, pareciera que tal regulación no debería enfocarse en la forma de utilización de las cookies por parte de las empresas, pues de tal modo se podrían impedir los beneficios que tal uso trae aparejado. Una regulación eficiente en la materia sería aquella que tienda a asegurar que el consentimiento brindado por los consumidores sea otorgado bajo condiciones de adecuada información y libertad. Obviamente, luego sí debería perseguirse que las empresas cumplan con la información brindada a los usuarios.

Resulta interesante retomar el juego planteado al inicio del capítulo II. El mismo planteaba que la divulgación de datos personales en internet, ya sea de forma directa por parte de los consumidores o permitiendo la utilización de cookies, puede derivar en una mejora de Pareto para todos ellos. Sin embargo, ese resultado asume, en primer lugar, que los consumidores son conscientes respecto a los riesgos que implica la autorización de las

⁶⁶ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p.41.

⁶⁷ Bellman, Steven, Johnson, Eric J. and Lohse, Gerald, ob. cit., p.26.

cookies y, en segundo lugar, que los consumidores se encuentran en libertad de condiciones para otorgar su consentimiento para la divulgación de sus datos personales en la web.

En caso de que existan un grado importante de “behavioural consumers”, los resultados del juego se invertirían. Por lo tanto, la regulación debería enfocarse en evitar, o al menos limitar, la existencia de estos “behavioural consumers”. De este modo, al limitarse la cantidad de los mismos, se lograrían los resultados del juego que redundarían en una mejora de Pareto para los consumidores, al mismo tiempo que los ofertantes, y el mercado en general, también se vería beneficiado por la posibilidad de utilizar las prácticas ya estudiadas.

Como corolario de lo anterior, se produciría otro beneficio. Los consumidores tendrían una mayor confianza en la utilización de las plataformas y, de este modo, se generaría un incremento en la cantidad de operaciones en el mercado.

V. Lineamientos para una regulación eficiente. Algunos comentarios sobre el Proyecto de Ley de Datos Personales.

En base a las conclusiones a las que se arribó en los puntos anteriores, es posible esgrimir algunos lineamientos que deben ser considerados para establecer una regulación sobre el uso de cookies en internet y, al mismo tiempo, aplicar tales lineamientos al Proyecto de Ley de Datos Personales, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en septiembre de 2018. Por supuesto, estos lineamientos distarán de agotar el tema, en tanto existe una constante evolución. Sin embargo, podremos sentar ciertas bases que consideramos que sí o sí deben ser contempladas.

Para ello, en primer lugar, se presentará un breve resumen de los principales puntos del Proyecto de Ley que, entendemos, se relacionan con el objeto de estudio del presente trabajo. Posteriormente, se profundizará sobre aquellas cuestiones específicas que ameritan un análisis crítico en base a lo estudiado hasta el momento.

A. Breve reseña sobre el Proyecto de Ley de Datos Personales.

A efectos de realizar una reseña sobre el Proyecto de Ley, es preciso comenzar con el contexto y los objetivos que plantea el Poder Ejecutivo, los cuales justificarían la sanción del mismo. En este sentido, como objetivo, se plantea el de “(...) *dotar a nuestro país de*

una legislación más moderna que respete los derechos y garantías establecidos por nuestra CONSTITUCIÓN NACIONAL y que, al mismo tiempo, se adapte a las nuevas tecnologías y a los cambios regulatorios ocurridos en el derecho comparado durante los últimos años”.

Si bien estos comentarios no forman parte de la regulación en sí, revisten gran importancia ya que pueden ser utilizados en el futuro como pautas interpretativas, sobre todo considerando el avance constante que se presenta en estas nuevas tecnologías. De ahí que ameritan un análisis crítico que se desarrollará más adelante.

De igual modo, el artículo 1° del Proyecto establece como objeto el de *“la protección integral de los datos personales a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de sus titulares”*. Como se observa, ya sí como parte de la regulación, se establece como objetivo principal el de la protección del derecho constitucional a la intimidad, tal como fue desarrollado en el capítulo III del presente trabajo.

Resulta oportuno aclarar que la ley incluye ciertas definiciones, entre ellas, la de “datos personales”, los cuales son entendidos como *“información de cualquier tipo referida a personas humanas determinadas o determinables, inclusive los datos biométricos”*. Por lo tanto, si cabía alguna duda respecto de la aplicación de esta ley a las cookies, esta definición agota el tema, pues claramente las cookies son un medio que permite acceder a información sobre las personas humanas.

Además, se define como “tratamiento de datos” a *“cualquier operación o procedimiento organizado, electrónico o no, que permita la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo o destrucción y, en general, el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias”*. Nuevamente, la utilización de cookies para la obtención de datos personales queda claramente enmarcada en estas acciones definidas en el proyecto de ley bajo estudio.

Posteriormente, el proyecto de ley establece ciertos principios básicos que deben ser aplicados al tratamiento de datos. Por supuesto, no es objeto del presente entrar en un pormenorizado análisis de cada uno de ellos. Dado que posteriormente se incluirá una breve referencia a tales principios en el análisis crítico a ser llevado a cabo, vale realizar una breve mención sobre algunos. En primer lugar, es preciso resaltar el “Principio de Finalidad”, en el sentido de que los datos personales deben ser recogidos con *“fines*

determinados, explícitos y legítimos”. Al respecto, en el artículo 15, el proyecto de ley establece que tales finalidades deben ser informadas al titular de los datos personales. De igual modo, el artículo 28 referido a los derechos de los titulares de los datos, detalla que la información a la que cada titular tiene derecho a acceder *“debe ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y, en su caso, acompañada de una explicación de los términos que se utilicen, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población (...)”*. Sin embargo, al definirse el principio, se menciona la salvedad de que no se considerará ilegal el tratamiento de datos con fines que *“pudieron ser, de acuerdo al contexto, razonablemente presumidos por el titular de los datos”*.

Otro tema interesante para resaltar es el del plazo de conservación de los datos. El proyecto no es muy severo en este tema, disponiendo únicamente que el plazo debe ser el estrictamente necesario de acuerdo a la finalidad informada. Sí establece plazos máximos para casos específicos, como las bases de datos que contienen información crediticia.

A este respecto, también resulta importante el principio mencionado en el artículo 10 de responsabilidad proactiva. El mismo establece que se encuentra en cabeza del encargado del tratamiento adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de la ley e, incluso, acreditar frente a la autoridad de aplicación tal cumplimiento.

Entre las obligaciones de los responsables del tratamiento de datos personales, cabe resaltar que se menciona como “Medidas para el cumplimiento de la responsabilidad proactiva”, como requisito mínimo, el de adoptar una política de privacidad o adherirse a mecanismos de autorregulación vinculantes. Adicionalmente, en el artículo 45, se incentiva la confección y adhesión a mecanismos de autorregulación vinculantes, los cuales deben contar con la aprobación de la autoridad de control.

Por estar claramente relacionados con el objeto del presente trabajo, resulta necesario mencionar dos artículos. Primero, el artículo 11 del proyecto de ley establece que el tratamiento de datos es lícito sólo si se cumple con al menos una de las condiciones allí enumeradas. Entre ellas, la primera condición es que el titular de los datos haya dado su consentimiento para la obtención de los mismos.

Sin perjuicio de ello, el artículo 68 establece una regulación específica con relación a bases de datos destinadas a la publicidad. Al respecto se dispone que *“[p]ueden tratarse sin consentimiento de su titular datos personales con fines de publicidad, venta directa y otras*

actividades análogas, cuando estén destinados a la formación de perfiles determinados o que permitan establecer hábitos de consumo que categoricen preferencias y comportamientos similares de las personas, siempre que los titulares de los datos sólo se identifiquen por su pertenencia a tales grupos genéricos, con más los datos individuales estrictamente necesarios para formular la oferta a los destinatarios”.

Por último, es preciso hacer una breve reseña sobre las sanciones que establece la normativa ante casos de incumplimiento. Por un lado, el artículo 77, punto B), dispone la aplicación de una multa de hasta el equivalente a quinientos salarios mínimos, vitales y móviles. Dentro de ese límite, establece el artículo 79 que las multas se graduarán teniendo en cuenta la dimensión del daño y el beneficio económico obtenido por el infractor o terceros.

Con lo indicado hasta aquí, hemos finalizado con una breve reseña de los principales artículos de la ley que se relacionan con el objeto de estudio del presente trabajo. Por lo tanto, a continuación, se llevará adelante un análisis crítico de estos principales aspectos, junto a algunas recomendaciones y comentarios que se desprenden del marco teórico estudiado.

B. Análisis crítico sobre el Proyecto de Ley de Datos Personales.

1. Objeto de la ley.

Como primera medida, resulta interesante realizar un comentario sobre el contexto que explica el Poder Ejecutivo para presentar el proyecto. El gobierno plantea un objetivo esencialmente jurídico. Omite realizar mención alguna sobre los efectos económicos que tiene el uso de las tecnologías que quedan reguladas por el contenido de esta ley.

Como se ha dicho, este contexto y objetivos pueden ser de gran utilidad como pautas interpretativas, sobre todo si se piensa que existe una constante evolución en esta materia. Por lo tanto, considero que habría sido valorable que entre los objetivos de la ley, se mencione no sólo a la protección de la privacidad como derecho constitucional, sino que también se incluya una referencia a los importantes beneficios económicos que la invasión a la privacidad puede tener en determinadas circunstancias, como es el caso de las cookies. De este modo, se evitaría caer de forma directa en el primer paradigma regulatorio

estudiado en el presente trabajo, considerando la invasión a la privacidad como una conducta puramente negativa, para abrir la posibilidad de que la invasión a la privacidad se estudie por sus efectos positivos en el mercado. Ello conllevaría la alternativa de que futuros avances tecnológicos sean analizados bajo dicha pauta interpretativa, esto es, si traen aparejados resultados positivos para el bienestar económico general y no únicamente bajo el paradigma de si representan una invasión a la privacidad o no.

2. Principio de finalidad.

Hemos visto que uno de los principales principios establecidos por la ley es la obligatoriedad de que los datos personales sean recogidos con fines específicos, los cuales deben ser informados a los individuos. Por lo estudiado hasta aquí, los artículos referidos a este tema resultan claves, en tanto la principal falla que amerita la regulación de las cookies es la información asimétrica existente entre individuos y empresas respecto a la recolección de datos personales por medio de cookies, los usos que se le dan a tales datos personales y los riesgos que tal uso trae aparejados.

Quizás ello pueda ser objeto de una reglamentación posterior, pero en principio, puede decirse que el proyecto de ley no es demasiado específico respecto a la forma de obtener el consentimiento. Simplemente, habla de que tal consentimiento debe ser obtenido de forma libre e informada. Si bien como norma general, parece correcta, el contenido pareciera, al menos en principio, demasiado amplio para resolver una falla tan importante como lo es la información asimétrica en esta materia.

Hubiera sido interesante alguna referencia más profunda respecto a que se deberán proveer las herramientas para que la información necesaria sea provista a los usuarios de forma rápida, de modo de evitar la inclusión de términos y condiciones cuyo contenido, está demostrado, no es comprendido o siquiera leído por las personas o, en caso de hacerlo, tiene un costo muy alto en términos económicos.

A este respecto, existen modelos de normas que sería interesante amoldar a este ámbito, como cierta regulación proveniente del rubro de la indumentaria, también utilizado en materia de energía y de materiales reciclables, entre otros. En estas actividades, existe normativa que establece gráficos claros y concretos para brindar información a los consumidores. Por ejemplo, respecto al cuidado y conservación de las prendas, se

establecen por ley las imágenes que deben utilizarse, los cuales encuentran su base en una norma ISO. Sería interesante que las páginas web se vieran obligadas a incorporar una señalización figurativa común a todas ellas que permita a los usuarios conocer de forma rápida y concreta los estándares con los que cumple cada página web y los usos que da a los datos personales de sus usuarios.

Por otro lado, como principio general para la obtención del consentimiento, sería interesante incluir una referencia en cuanto a la neutralidad que debe intentarse para que las personas brinden el mismo. En efecto, caso contrario, de acuerdo a lo estudiado en el marco de behavioural economics, las empresas podrían fácilmente influenciar la respuesta de los sujetos. Cabe recordar a este respecto que, de por sí, cada persona se encuentra fuertemente influenciada para brindar su consentimiento como contrapartida al acceso a los servicios que brindan las plataformas.

Debe tenerse presente, además, que el Proyecto incluye la posibilidad de que el consentimiento sea brindado de forma tácita. Por lo expuesto, debería evitarse toda respuesta predeterminada y sería interesante, como objeto de estudio, la mejor forma de incluir la consulta, ya sea como “opt in” u “opt out”, en este contexto específico.

3. Self regulation vs. Privacy legislation.

El tema de si es necesaria una regulación gubernamental en la materia o es preferible que las empresas se autorregulen constituye una de las primeras discusiones que se debe afrontar en materia de cookies. Señala Macklin que “[a] great deal has been written about pros and cons of introducing privacy legislation for the private sector. The debate continues to rage between Europe and the United States as to whether self regulation is an appropriate means for privacy protection”⁶⁸.

En el año 1999, la Federal Trade Commission en Estados Unidos anunció el lanzamiento de un sistema de autorregulación. La misma consistía en la designación de un tercero independiente que realice controles sobre el cumplimiento por parte de las distintas empresas con ciertas normas establecidas por dicho tercero (se designó a la empresa “TRUSTe”). De este modo, las empresas podían recurrir a TRUSTe para obtener su

⁶⁸ Macklin, Benjamin William, “E-Commerce at What Price? Privacy Protection in the Information Economy”, July 30, 1999. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=180290>.

certificación y estar autorizados para usar la marca asociada a la certificación dentro de su propia página web.

Explica Macklin que la principal debilidad de este sistema es que resulta voluntario para las empresas y que fue creado por las mismas compañías que más vulneran la privacidad de los usuarios. Por lo tanto, siempre existe un cierto grado de desconfianza con el sistema en cuestión. Vale mencionar lo comentado por Acquisti, Taylor y Wagman, quienes citan un estudio realizado por Gellman según el cual, en 2001, se perdieron aproximadamente 18 “billones” de dólares en ventas por la preocupación de los consumidores con relación a su privacidad⁶⁹.

Listokin efectúa un interesante resumen respecto a las ventajas y desventajas de la autorregulación. Entre las ventajas enumera que *“[i]nformation technology is fast-changing by nature and regulatory responses may not keep pace with the industry. When properly managed, self-regulation through trade associations and certification programs can adapt more quickly and appropriately to innovation than government regulation. Moreover, self-regulation can provide a market solution to information asymmetries between firms and consumers by differentiating companies’ data privacy and security performance”*. En cuanto a las desventajas, explica que *“[a]t the same time, self-regulation typically relies on self-policing for enforcement, creating conditions for adverse selection of firms that agree to comply with standards and moral hazard for firms once they are certified”*⁷⁰.

Borgesius explica más claramente la posibilidad de que la autorregulación derive en un “lemons market” en los siguientes términos: *“As consumers don’t read standard contracts, companies don’t compete on the quality of their terms. This can lead to contracts that are unfavourable to consumers”*⁷¹.

Estas desventajas pueden observarse también en investigaciones empíricas llevados a cabo. En el año 2016, Marotta-Wurgler estudió las políticas de privacidad de 249 páginas web. Sus conclusiones no podrían ser más claras: sólo el 27% de las empresas señalan su

⁶⁹ Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 42.

⁷⁰ Listokin, Siona, *“Industry self-regulation of consumer data privacy and security”*, John Marshall Journal of information technology and privacy Law 32, n°1 2016, p. 16.

⁷¹ Zuiderveen Borgesius, Frederik, ob. cit., p. 30.

cumplimiento con los “guidelines” de un tercero independiente. De esas firmas, casi todas incumplen con, al menos, la mitad de esos guidelines a los que indican estar adheridas⁷².

Sin perjuicio de ello, encontró la autora que, en ciertos rubros, como los sitios para adultos o las empresas que brindan servicios de “nube”, los términos y condiciones son más estrictos y se encuentran mejor informados a los usuarios. Concluye que, en estos casos, hay un mayor interés para los consumidores en que sus datos personales e información cargada en el sitio web sean conservados con una mayor severidad. Por lo tanto, las mismas fuerzas de mercado generan estas consecuencias. Como explica la autora, “[o]n the one hand, self-regulation via privacy seals and third-party standards, including the SHA⁷³, has had limited success in that most firms do not reference such standards and even those that do claim compliance with the SHA do not comply. On the other hand, elementary competitive forces are having a more detectable impact”⁷⁴.

En sentido contrario, en el marco europeo, siempre se priorizó la existencia de regulación gubernamental para normar la utilización de cookies por parte de las empresas. En efecto, en el año 1995, la Unión Europea sancionó la Directiva 95/46/EC destinada a regular el procesamiento de datos personales por parte de las empresas. Posteriormente, en el año 2009, la Unión Europea sancionó una norma conocida como “E-privacy directive” destinada exclusivamente a la protección de la privacidad y los datos personales en comunicaciones electrónicas. Finalmente, en el año 2016, se sancionó el Reglamento General de Protección de Datos, el cual entró en vigencia en mayo de 2018.

Si bien, claramente, una regulación haría más eficiente la posibilidad del “enforcement” y tendería a equiparar los términos y condiciones de las páginas web, no pueden dejar de soslayarse ciertas desventajas de este sistema. En primer lugar, se encuentra el tema de la adaptación a los cambios. Ya hemos estudiado que existen nuevas tecnologías que las empresas pueden usar para recopilar datos personales distintas a las cookies. De igual modo, se encuentra en constante evolución los usos que las empresas pueden dar a los datos personales de sus usuarios. Probablemente, al momento de

⁷² Marotta-Wurgler, Florencia, “Self-regulation and competition in privacy policies”, Journal of Legal Studies, University of Chicago, volume 45, June, 2016.

⁷³ “SHA” se refiere al US-EU Safe Harbor Agreement, un régimen corregulatorio negociado entre la UE y EEUU en el año 2000, a efectos de permitir a las empresas estadounidenses el cumplimiento de los requisitos más estrictos de la regulación europea.

⁷⁴ Marotta-Wurgles, Florencia, ob. cit., p. 517.

sancionarse las primeras regulaciones, era impensable que el uso de cookies pudiera influenciar en elecciones presidenciales. Entonces, es posible que una regulación actual quede precaria en un corto período de tiempo.

En segundo lugar, al equiparar los términos y condiciones, se pierden las ventajas competitivas que Marotta-Wurgler encontró en algunas industrias, las cuales de forma autónoma aceptan someterse a estándares más estrictos.

Por último, es oportuno mencionar el análisis efectuado por Campbell, Goldfarb y Tucker con relación a los efectos de la regulación de la privacidad en la estructura de mercado. Estos autores señalan que “[i]n a world with no transaction costs, one might expect privacy regulation to favor small firms over large ones; if data generates economies of scale, then reduced access to data might help to overcome such effects. However, this ignores that most privacy regulation requires firms to obtain one-time individual consumer consent to use consumer data (...) Therefore, privacy regulation imposes transaction costs whose effects, our model suggests, will fall disproportionately on small firms. Consequently, rather than increasing competition, the nature of transaction costs implied by privacy regulation suggest that privacy regulation may be anticompetitive”⁷⁵.

Para finalizar esta discusión, es interesante retomar el análisis realizado por Acquisti, Taylor y Wagman, quienes concluyen que “(...) market-based solutions and regulatory approaches to privacy protection are not polar opposites. They are better perceived as points on a spectrum of solutions – from regimes that rely entirely on firms’ self-regulation and consumers’ responsibility (even in the absence of clearly defined and assigned property rights over personal data), to regimes with strict regulatory protection of data”⁷⁶.

Es ésta quizás la mejor conclusión para este debate. En efecto, existen modelos de normas que siguen este parámetro y resultan aplicables al tema bajo estudio. Por ejemplo, en el ámbito del derecho ambiental, se establecen presupuestos mínimos que toda empresa debe cumplir, más allá de aquellas medidas más estrictas que algunas empresas quieran implementar. En el ámbito de las cookies, dentro de un marco de presupuestos mínimos, cada empresa podría optar por brindar una mayor o menor protección a la privacidad de los usuarios. De este modo, se asegura el cumplimiento a ciertas normas mínimas, al mismo

⁷⁵ Campbell, James, Goldfarb, Avi and Tucker, Catherine, “Privacy regulation and market structure”, Journal of Economics & Management Strategy, volume 24, issue 1, p. 48.

⁷⁶ Acquisti, Alessandro and Taylor, Curtis R. and Wagman, Liad, ob. cit., p. 44.

tiempo que se permite que aquellos rubros en los que las fuerzas de mercado exigen una mayor severidad en la protección de los datos personales, como los casos de páginas de adultos y los servicios de nube, cumplan con estas mayores exigencias, a fin de otorgar mayor confianza a los usuarios.

Pareciera que, de forma correcta, esta es la mecánica seguida por el proyecto de ley de datos personales. En efecto, se establecen ciertas medidas mínimas que debe implementar toda empresa para cumplir con el principio de la responsabilidad proactiva. Nada impediría que cada compañía decida utilizar criterios más estrictos.

Paralelamente, el proyecto incentiva la autorregulación. Vale decir que resultará clave en esta materia las tareas desarrolladas por la autoridad de control, tanto en la aprobación de estas autorregulaciones como en la supervisión del efectivo cumplimiento por parte de las empresas adheridas. De este modo, se deberá evitar que los mecanismos de autorregulación sean utilizados como un “paraguas” para brindar información incorrecta a los individuos.

4. Targeted advertising y price discrimination en el Proyecto de ley.

Como se ha mencionado en la reseña del proyecto de ley, uno de los artículos más importantes con relación al presente trabajo es el número 68. Dicho artículo, al igual que la reglamentación de la actual ley de protección de datos personales, establece la posibilidad de recolectar datos de las personas sin su consentimiento cuando estén destinadas a publicidad, siempre que se realice de modo tal de confeccionar perfiles genéricos y no de forma personal sobre cada individuo. En el proyecto de ley se incluyen otros fines distintos a la publicidad, aunque relacionados con ésta, como la venta directa y otras actividades análogas.

Como puede observarse, este artículo deriva claramente del análisis económico llevado a cabo a lo largo del presente trabajo. En efecto, se flexibilizan los requisitos para la obtención de datos personales, cuando los mismos son utilizados para publicidad. Al tener el uso de cookies resultados claramente beneficiosos en términos de reducción de costos de búsqueda y aumento del “matching”, parece sensato reducir las exigencias vinculadas a tales usos.

Sin perjuicio de ello, el referido artículo es pasible de recibir algunas críticas. En primer lugar, analizado desde un punto de vista económico, no se advierte por qué se limita la obtención sin consentimiento únicamente a la formación de “**perfiles genéricos**”. Las cookies tienen como ventaja que permiten la creación de perfiles individuales y, justamente, ello habilita que la realización de publicidad sea específica para cada usuario, acentuando los beneficios para el mercado anteriormente mencionados.

Encuentro dos explicaciones que justificarían la redacción de este artículo. La primera debe encontrarse en el primer paradigma estudiado en el presente trabajo: se busca proteger la información de las personas por cuestiones jurídicas, en tanto constituye un derecho reconocido por la constitución nacional. Hemos estudiado que, dadas las ventajas económicas que la invasión a la privacidad tiene en algunos casos actuales, desde este punto de vista económico, dicho paradigma es, cuanto menos, cuestionable.

La segunda explicación es de carácter preventivo. Es posible que el regulador busque evitar posteriores daños que se puedan causar por usos distintos que se den a los datos personales obtenidos por medio de cookies o, incluso, que se puedan generar por el robo de dichos datos. Considero que estas situaciones habilitarían, en todo caso, la aplicación de sanciones o el inicio de reclamos por daños posteriormente, pero no ameritarían limitar *ex-ante* los beneficios económicos que la utilización de cookies conlleva.

En segundo lugar, dado el contexto claramente marcado por la información asimétrica entre las plataformas y los usuarios, si bien pareciera correcto no exigir el consentimiento para este uso de la información en particular, sí sería necesario reforzar la idea de que las empresas deben comunicar este uso a los consumidores en los términos del artículo 15 del Proyecto. De este modo, cada individuo se encontraría en condiciones de escoger si acceder a los servicios brindados por la página en cuestión o no hacerlo si, por cualquier motivo, la realización de targeted advertising le resulta invasiva. Además, el hecho de incluir ese deber de información a los consumidores, serviría en materia probatoria como un compromiso de la empresa en cuestión de utilizar la información única y exclusivamente con tal fin.

Es preciso recordar que uno de los principios establecidos por la ley es el de la finalidad, establecido en el artículo 6. En el mismo, se dispone que tal principio se encuentra cumplido si se da a los datos tratamientos que podrían ser “razonablemente

presumidos”. Esta ambigüedad en la definición, podría dar a las empresas un marco para ir más allá de lo autorizado por la ley. Por lo tanto, la información a los consumidores de que los datos personales serán utilizados únicamente con este fin económicamente eficiente, se torna necesaria.

Por último, llama la atención la omisión a lo largo de toda la normativa del segundo resultado de la utilización de cookies desarrollado a lo largo del presente trabajo. No queda claro si la discriminación de precios puede ser considerada dentro de las “otras actividades análogas” que menciona el artículo 68 o, por el contrario, es necesario el consentimiento específico para poder llevar a cabo la práctica de “price discrimination”.

De acuerdo a lo estudiado en el presente trabajo, pareciera que esta práctica podría quedar enmarcada dentro del artículo 68, siempre y cuando las empresas puedan acreditar que su ejercicio llevó a un incremento del “output” y, de este modo, a una mejora en el bienestar económico general, más allá de que algún consumidor en particular pueda verse perjudicado.

En este sentido, cabe retomar el principio de responsabilidad proactiva establecida en el artículo 10, en tanto las empresas deben adoptar las medidas necesarias para demostrar el efectivo cumplimiento de la ley. Por lo tanto, recaerá en cabeza de las empresas la obligación de acreditar que la discriminación de precios derivó en resultados eficientes económicamente.

Además, es preciso reiterar que la utilización de esta práctica deberá ser informada a los usuarios. En efecto, teniendo en consideración los resultados del juego indicado en el capítulo II, más allá de no exigirse el consentimiento, la información a los individuos resultaría clave para evitar la existencia de “behavioural consumers”, con resultados más beneficiosos para los consumidores.

5. Daños a la privacidad. Sanciones.

La habilitación de reclamos por daños a la privacidad y las sanciones que se pueden aplicar a las empresas por el incumplimiento a la normativa sobre datos personales son temas controvertidos que ameritan la realización de algunos comentarios.

Como hemos estudiado, la utilización de las cookies puede traer aparejado importantes beneficios económicos para el mercado. Sin perjuicio de ello, existe también la posibilidad

de que se generen daños cuando, sin informar a los usuarios, las plataformas utilizan los datos personales obtenidos para fines distintos a los que los primeros habrían autorizado o, habiendo informado a los usuarios, se utiliza la información para un fin distinto al comunicado. Es posible decir que, en estos supuestos, se generaría una especie de “incumplimiento contractual” entre usuarios y páginas web.

Al mismo tiempo, hemos mencionado que resulta difícil para los consumidores determinar el valor que tienen sus datos personales en el mercado. Dado que esta cuestión puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar las multas que un incumplimiento a la regulación deberían traer aparejadas, se torna necesario realizar una breve mención sobre el tema.

Es interesante el análisis realizado por Citron, quien sostiene que un derecho de daños sobre la privacidad en internet, debe abarcar un concepto muy amplio de la privacidad, la cual se corresponde con la, ya mencionada, primera categoría del derecho a la privacidad descrita por Solove, conocida como “the right to be let alone”⁷⁷.

Los primeros en utilizar esta concepción de la privacidad fueron Samuel Warren y Louis Brandeis en su artículo “The right to privacy” en el año 1890. Más adelante, ya como juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, el juez Brandeis escribió en su voto en el caso “Olmstead v. United States” (citado en el estudiado fallo “Ponzetti de Balbín”) que “(...) (the Framers of the Constitution) *conferred, as against the government, the right to be let alone –the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*”. Resulta oportuno decir que el voto de Brandeis en este caso fue en disidencia, pero el criterio de la Corte varió en el año 1967, frente al caso Katz vs. United States, siguiendo el criterio del juez Brandeis.

En resumen, explica Citron que, bajo esta concepción “(...) *the privacy tort protected individuals’ ability to decide how much personal information is revealed to others and, in this ways, to develop their “inviolable personality” without interference*”⁷⁸ (resaltado propio).

Asimismo, el autor señala que en el siglo XXI, los daños que se generan por la invasión al derecho a la privacidad en muchos casos se encuentran multiplicados, pues es

⁷⁷ Citron, Danielle Keats, “Mainstreaming Privacy torts”, 98 California Law Review, 1805 (2010)

⁷⁸ Citron, Danielle Keats, *ob. cit.*, p. 1807.

mucha mayor la audiencia y permanencia de esas invasiones. Por supuesto, el uso de las cookies no debería derivar en una publicación de información sobre los individuos. Sin embargo, no debe descartarse esta posibilidad, pues la confección de perfiles de las distintas personas mediante cookies es posible y existen innumerables casos de violación de datos personales en internet. Por ejemplo, indica Citron que entre 2005 y 2009, se ha detectado que más de 341 millones de registros de información personal sensible sufrieron algún tipo de violación a su seguridad.

Explica el autor que “(...) *the mere prevalence of identity theft today causes people to incur financial costs even without experiencing identity theft. They expend time and money to monitor their credit, distracting them from their jobs to their financial detriment*”⁷⁹. De igual modo, explica el autor que “[f]inancial harms can even arise from more benign uses of digital information. Information brokers amass digital dossiers on individuals that include incomplete and misleading data, selling them to potential employers and costing individuals jobs. In most instances, these individuals have no idea that such digital dossiers have cost them work opportunities”⁸⁰. Como se ha estudiado, el solo hecho de tener que leer la totalidad de los términos y condiciones de las páginas que se visitan a efectos de conocer las consecuencias de la utilización de cookies genera un costo para los individuos. Debe tenerse también presente el mencionado costo que genera la desconfianza de los usuarios sobre el uso que las páginas web hacen de sus datos personales en términos de operaciones que no se realizan.

Por lo expuesto, Citron cita a Regoli, quien propone la creación de una rama del derecho de daños con el nombre “Internet profiling tort”, a efectos de que toda empresa sea responsable por la recolección, uso y venta de información personal sin el consentimiento debidamente informado de su titular. Al respecto, explica Regoli que “(...) *it is understandable that online merchants, like their offline counterparts, may need to keep records on customers in order to serve them better and prevent transactions with certain individuals based on their unfavorable business history with the company. With the proper consent, infra, this should be permissible to some degree. Long-term storage, however,*

⁷⁹ Citron, Danielle Keats, *ob. cit.*, p. 1815.

⁸⁰ Citron, Danielle Keats, *ob. cit.*, p. 1805.

should be restricted for the same reasons that non-consensual transfer should be prohibited-loss of personhood and opportunity to recreate one's identity”⁸¹.

A diferencia de lo que sostiene Regoli, de acuerdo a lo analizado en el presente trabajo, no vemos un daño en sí en el hecho de que los datos sean conservados por un largo período de tiempo o, incluso, que haya recolección de datos sin el consentimiento de su titular cuando los mismos sean utilizados únicamente con fines publicitarios y siempre que tal circunstancia se encuentre debidamente informada. De hecho, esta conservación podría tener efectos económicos positivos. Sí entendemos que esta categoría de daño puede resultar útil para los distintos supuestos de “incumplimiento contractual” que se han mencionado.

Regoli incluye algunos lineamientos que debe contener este nuevo derecho de daños. En primer lugar, cuando éste es requerido, el consentimiento de los usuarios debe ser explícito. Por supuesto, explica la autora, no sería lógico exigir a las empresas que provean la completa posibilidad de evitar la recolección de datos y, al mismo tiempo, que los usuarios que optan por dicha exclusión gocen de todos los beneficios del sitio. Sin embargo, sí se puede exigir una total transparencia respecto a los objetivos de la recolección y uso de los datos personales.

En segundo lugar, señala la autora que, ante una invasión a la privacidad sin consentimiento o, agrego, ante un “incumplimiento contractual” como el estudiado, los daños deben ser la regla, no la excepción. Esto podría verse reflejado en las sanciones formales que una regulación en la materia pueda establecer a las empresas. Si los daños son la regla, quedaría justificada la aplicación directa de sanciones ante casos de incumplimientos, más allá del reclamo individual que pueda realizar cada usuario.

Otro tema interesante que plantea la autora se da con relación a la valuación de los daños. A su criterio, tal valuación debe hacerse con base en el enriquecimiento sin causa que las empresas obtuvieron por el uso indebido de datos personales de todos sus usuarios. Como ya hemos visto, gran parte de los ingresos de las plataformas provienen de esta fuente. Por lo tanto, de asumirse esta postura, los daños hacia los consumidores que no brindaron debidamente su consentimiento o el incumplimiento por parte de las empresas a la información brindada, serían de una enorme magnitud.

⁸¹ Regoli, Natalie L., “A tort for prying e-eyes”, 2001, Journal of Law, Technology and Policy, p. 283.

En principio, la valuación de los daños bajo este mecanismo puede presentarse como excesiva. Cabe retomar el ejemplo de Facebook y su influencia en las elecciones presidenciales estadounidenses. Recientemente, se dio a conocer que la Federal Trade Commission multó a Facebook por este caso en cinco mil millones de dólares. Nuevamente, analizada de forma aislada, la multa puede parecer excesiva. Sin embargo, la FTC recibió innumerable cantidad de críticas al comparar esta multa con las ganancias obtenidas por Facebook. Durante 2018, la empresa reportó ganancias por cincuenta mil millones de dólares y, en abril de 2019, Facebook presentó ganancias record para el primer trimestre del año de casi quince mil millones de dólares. En este contexto, vale decir que, después de conocerse la millonaria multa, las acciones de Facebook subieron a su máximo valor en el último año, lo que claramente refleja que la sanción, a priori, estará lejos de cumplir su objetivo de disuadir a Facebook de repetirse en estas prácticas⁸².

Por último, la autora analiza una eventual respuesta de las empresas de internet ante esta nueva rama del derecho de daños: *“It may be argued that the burden in foregoing the profitable data trade, safeguarding user privacy and paying damages in the event of harm in such a tort system would be prohibitive. While an interesting argument, it is unconvincing. Online businesses and other surreptitious surveillance systems can choose to operate within the parameters of human respect, or, like other businesses, purchase insurance as a precaution against cost avoidance failures”*⁸³.

En este punto, vale retomar lo establecido por el Proyecto de Ley con relación a las sanciones. Si bien como pauta orientadora, la norma, en el artículo 79°, coincide con lo indicado por Regoli, en tanto debe tenerse en cuenta *“el beneficio económico obtenido por el infractor o terceros”*, lo cierto es que el artículo 77 limita el monto total de tales multas. En determinados casos, la limitación de la multa puede operar como un elemento disuasivo para que las empresas cumplan con la normativa, si se compara tal límite, por ejemplo, con las ganancias que obtienen las grandes plataformas por el uso de datos personales en internet. Por ello, sería necesario que, en determinados casos, se autorice a la autoridad de control a apartarse de los límites normativos a efectos de que la ley pueda efectivamente cumplir con los objetivos planteados.

⁸² <https://www.nytimes.com/2019/07/12/technology/facebook-ftc-fine.html>

⁸³ Regoli, Natalie L., ob. cit., p. 288.

Por supuesto, la norma establece otras sanciones posteriores y más graves que las multas, como la suspensión de las actividades relacionadas con tratamiento de datos y el cierre temporal o definitivo de las operaciones. Sin embargo, es preciso mencionar que la aplicación de tales sanciones traería como consecuencia otros graves perjuicios para el mercado en general, razón que justifica considerar a las multas como un instrumento central y prioritario para que las empresas cumplan con la normativa en la materia.

6. Plazo de conservación de datos. Servicios de información crediticia.

En el párrafo anterior se ha mencionado que, en términos económicos, no se observa un perjuicio concreto en el hecho de que las empresas conserven los datos de los individuos por un largo período de tiempo, en tanto dicha información sea utilizada con fines publicitarios. A medida que se puede profundizar en los perfiles de cada usuario, mejor será la información que se puede brindar a cada consumidor, con el consecuente aumento de “matching” y reducción de costos de búsqueda.

En este sentido, el artículo 9° hace referencia al plazo de conservación de los datos. Se establece que los mismos *“no deben ser mantenidos más allá del tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de la finalidad del tratamiento”*. Si bien en un primer análisis el contenido de la norma puede parecer restrictivo, en una lectura más profunda se puede observar que da margen a las empresas para demostrar que la conservación de los datos por largos períodos de tiempo resulta eficiente. En efecto, una compañía podría alegar que para cumplir con la finalidad de brindar publicidad más acorde a los intereses de cada usuario, resulta necesario mantener y actualizar los perfiles de los usuarios de forma indefinida y, si ello es probado, no habría ningún motivo para considerar que tal compañía tiene una conducta contraria a la establecida por la ley.

Sí existe una limitación específica en materia de “Servicios de Información Crediticia”. En términos generales, hemos mencionado en el Capítulo III que el uso de cookies puede resultar útil en mercados caracterizados por la selección adversa, al permitir mayor información sobre los usuarios y, de este modo, una reducción de los precios en general. En este contexto, pareciera positiva la inclusión de normativa específica en esta materia, al mismo tiempo que se establece, en el artículo 58°, la posibilidad de tratar información crediticia sin el consentimiento del titular. Resulta claro que debería limitarse el uso de la

información única y exclusivamente al mercado financiero, quedando prohibido que tales datos sean utilizados para fines distintos que pueden generar daños a los usuarios.

Respecto al plazo de conservación de los datos, se establece un límite de cinco años desde la última información significativa, el cual se reduce a dos años si el deudor canceló su obligación. Evidentemente, los reguladores consideran que los plazos establecidos son suficientes para evaluar la solvencia de una determinada persona. Parece claro que, en términos generales, la norma apunta a datos personales no obtenidos por medio de cookies, sino a los datos con los que cuenta cada entidad bancaria o financiera. Por lo tanto, más allá de que excede el objeto del presente trabajo, vale decir que la inclusión de dicho plazo ameritaría un estudio más profundo a efectos de determinar si, económicamente, la limitación de los plazos resulta eficiente para el mercado crediticio en general.

VI. Conclusión.

Cabe retomar la frase de Cofone en cuanto a que los artículos económicos se oponen a cualquier regulación de la privacidad en internet, mientras que los textos jurídicos evitan dicha discusión sobre la necesidad de tal regulación en materia de privacidad y, más específicamente, de cookies, para analizar directamente qué grado de regulación es el necesario.

Con el presente trabajo, considero que, al menos en parte, se ha podido llenar ese vacío existente. En efecto, dentro de un texto esencialmente jurídico, se ha desarrollado un análisis económico para determinar si la regulación es necesaria y, con dicho sustento, se ha llevado a cabo un análisis crítico sobre el Proyecto de Ley existente en la materia, con la inclusión de ciertas recomendaciones.

Desde el punto de vista económico, la utilización de cookies en internet permite la realización de targeted advertising. El hecho de recibir publicidad específica sobre los intereses propios, en conjunto con la regulación existente en materia de publicidad, conlleva una importante reducción en los costos de búsqueda y transacción, con su consiguiente incremento en el matching entre productores y consumidores

En segundo lugar, las cookies permiten la ejecución de la práctica de price discrimination. Si la discriminación de precios lleva a un aumento en la cantidad de operaciones, los efectos sobre el bienestar económico general pueden resultar eficientes. En

conjunto con el targeted advertising, el cual justamente permite un incremento en el matching, es factible que la discriminación de precios derive en este efecto positivo.

Por lo tanto, hasta este punto, no cabría más que coincidir con la frase de Cofone. Desde una óptica económica, la utilización de cookies en internet trae consigo importantes beneficios para el mercado. En efecto, se logran reducir las consecuencias de la falla de mercado base en el ámbito del derecho del consumidor, como lo es la información asimétrica y se lleva a la realización de una cantidad de operaciones en el mercado más cercana a la eficiente.

Sin perjuicio de lo expuesto, vale decir que el mercado en el que se utilizan las cookies tiene ciertas características que ameritan su regulación aún desde una óptica económica. Los consumidores sufren un extremo grado de información asimétrica con relación a las grandes plataformas que principalmente utilizan estas herramientas y de importantes incentivos para aceptar el uso de cookies. En consecuencia, si bien en muchos casos puede haber resultados económicamente eficientes, en muchos otros, los consumidores están expuestos a que sus datos personales sean utilizados con fines distintos a los que ellos mismos habrían autorizado de haber contado con toda la información a su disposición o de haber optado libremente por permitir su uso.

Es éste el escenario sobre el cual se ha realizado un análisis crítico sobre el Proyecto de Ley de Datos Personales. Primero, se analiza positivamente la obligación de brindar información a los consumidores respecto a los usos que se dará a los datos personales obtenidos por medio de cookies, a fin de que éstos den un consentimiento válido. Sin embargo, es necesaria una mayor profundidad respecto a esta obligación, a efectos de que tal información no se presente mediante términos y condiciones que, en la práctica, no cumplen con dicho fin, o mediante mecanismos que influyen las respuestas de los consumidores en uno u otro sentido.

Segundo, es correcta cierta desregulación existente en materia de publicidad, al no exigirse el consentimiento de los consumidores para la recolección de datos personales con estos fines específicos. Sin embargo, dados los efectos económicamente positivos ya mencionados largamente, no se logra advertir por qué se mantienen ciertos límites en cuanto a la confección de categorías genéricas de consumidores, cuando justamente los referidos beneficios se ven potenciados por la “personalización”.

Para acompañar estas conclusiones, basta considerar qué resultados se obtendrían con una regulación distinta a la planteada. Por un lado, de no exigirse el consentimiento para la utilización de cookies y la obligación de brindar información a los consumidores en términos generales, éstos se verían expuestos a ciertos usos que pueden ser contrarios a sus intereses. Como caso paradigmático hasta el momento, cabe mencionar a la utilización de datos personales por parte de Facebook para influenciar en las elecciones presidenciales de Estados Unidos. En sentido contrario, si se mantiene esta regulación estricta en materia de publicidad y discriminación de precios, al incrementar los costos de transacción, se estaría impidiendo la realización de una cantidad de operaciones que aproximaría al mercado a uno económicamente eficiente.

Por supuesto, se ha estudiado que esta regulación propuesta debe estar acompañada por fuertes sanciones ante el uso de las cookies con fines distintos a los informados, a efectos de disuadir conductas oportunistas por parte de las empresas y, específicamente, las grandes plataformas que son quienes principalmente lucran con las herramientas bajo estudio.

Efectivamente, en esta materia, resulta clave el “enforcement” que se pueda llevar adelante de la normativa existente. Si bien la misma puede ser económicamente eficiente, en caso de que la autoridad de aplicación se encuentre impedida de realizar controles y aplicar sanciones, el texto de la ley quedaría en “letra muerta”, sin importar su contenido y los objetivos claramente beneficiosos que la misma tiene, incluso para las propias empresas.

Por último, como consideración final, y en clara vinculación con lo anterior, resultan claves las campañas de concientización y educación que se puedan llevar adelante con relación a este tema. Si bien existen grandes progresos, todavía es limitado el conocimiento que los sujetos tienen sobre el uso que las compañías realizan de sus datos personales, el nivel de información al que se puede acceder mediante el uso de cookies y los riesgos que tales herramientas traen aparejados. De este modo, como elemento para disminuir la existencia de “behavioural consumers” y combatir la información asimétrica existente en la materia, resulta primordial que se profundice en la facultad de la autoridad de control establecida en el artículo 70, inciso a, del Proyecto de Ley, con relación a la posibilidad de “[a]sistir y asesorar a las personas que lo requieran acerca de los alcances de la presente ley y de los medios legales de que disponen para la defensa de sus derechos”. De igual

modo, debería adicionarse la obligación de la Autoridad de Control de promover la educación en la materia, para que su función no quede sólo limitada a la respuesta de consultas específicas.