

LAS REDES SOCIALES: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO DE CONSUMO ARGENTINO

Por Federico Angel Addati¹

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2019

Fecha de aprobación: 18 de julio de 2019

Resumen

El presente trabajo dará cuenta de la naturaleza jurídica que presenta la suscripción a *Facebook* y la aplicación del derecho de consumo para regular el vínculo jurídico que une a las partes.

Por otra parte, se desarrollará qué tipo de responsabilidad se le puede endilgar a la red social por los daños que sus usuarios generen.

Finalmente se abordará la competencia de los jueces argentinos para entender en los conflictos que se susciten y la validez de las notificaciones en el domicilio de la sede social que posee *Facebook* en la República Argentina.

Abstract

This work will give an account of the legal nature of the subscription to Facebook and the application of consumer law to regulate the legal link between the parties.

¹ Abogado de la Universidad Católica de Salta. Especialista en Asesoramiento Jurídico del Estado por la Escuela Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Coautor del "Manual Instituciones de Derecho Público", publicado por Erreius en 2016. Se ha desempeñado como docente de la Materia "Instituciones de Derecho Público" en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires desde 2015 a 2017. Ha sido distinguido con el Diploma al Mérito, premio otorgado por los jefes de la División Asesoría Legal de la Superintendencia de Administración de la Policía Federal Argentina por la actuación destacada en el cumplimiento de las funciones encomendadas (2015) y con el Diploma otorgado por la Policía Federal Argentina por la destacada actuación en las funciones encomendadas durante el año 2017.

On the other hand, what kind of responsibility can be attributed to the social network for the damages generated by its users.

Finally, the competence of the Argentine judges will be addressed to understand the conflicts that arise and the validity of notifications at the address of the registered office of Facebook in the Argentine Republic.

Resumo

Este trabalho dará conta da natureza jurídica da assinatura do Facebook e da aplicação do direito do consumidor para regular o vínculo legal entre as partes.

Por outro lado, que tipo de responsabilidade pode ser atribuída à rede social pelos danos gerados por seus usuários.

Finalmente, a competência dos juízes argentinos será abordada para entender os conflitos que surgem e a validade das notificações no endereço da sede do Facebook na República Argentina.

Palabras claves

Redes Sociales, Facebook, derecho de consumo, competencia, responsabilidad.

Keywords

Redes sociais, Facebook, direito de consumo, concorrência, responsabilidade.

Palavras chave

Social networks, Facebook, right of consumption, competence, responsibility.

1. Introducción

El derecho del consumidor se postula como una rama joven, por lo menos para la historia del derecho, en relación con las más tradicionales. Se presenta como una disciplina dinámica que tiende a la protección del débil jurídico dentro del mercado.

La aplicación de la normativa protectoria entra en juego cuando la persona que sufre un daño se encuentra comprendida dentro de la noción de consumidor, definida por nuestra legislación.

Las redes sociales han implicado sin lugar a dudas un cambio de paradigma en el comportamiento de las personas en la sociedad de los últimos años. Se constituyen así, en una herramienta que posibilita la conexión y la información entre millones de personas a nivel mundial.

El presente trabajo dará cuenta de la naturaleza jurídica que presenta la suscripción a *Facebook* y la aplicación del derecho de consumo para regular el vínculo jurídico que une a las partes.

Por otra parte, desarrollaremos qué tipo de responsabilidad se le puede endilgar a la red social por los daños que sus usuarios generen.

Finalmente se abordaremos la competencia de los jueces argentinos para entender en los conflictos que se susciten y la validez de las notificaciones en el domicilio de la sede social que posee *Facebook* en la República Argentina.

Consiguientemente se tomará como red social de referencia a *Facebook* por ser la que mayor cantidad de usuarios posee a nivel mundial y de la cual se desprenden otras redes sociales como por ejemplo Instagram, la segunda red social más utilizada.

Para ello hemos optado por el método de investigación documental ya que se han recopilado antecedentes e informaciones sobre el objeto de estudio desde libros, publicaciones de revistas y jurisprudencia.

En cuanto al tratamiento de la información hemos utilizado la técnica transcriptiva ya que haremos referencia a definiciones o aportes de otros autores para respaldar nuestra opinión. En cuanto al enfoque resulta ser cualitativo, toda vez que se analizarán aspectos no cuantificables y, finalmente, en lo que respecta al alcance de la presente investigación resulta ser explicativo, ya que se analiza un fenómeno en particular con el cometido de explicarlo en un contexto determinado –derecho de consumo-.

2. Las redes sociales y sus antecedentes históricos

Tomeo (2014) señala que las redes sociales “Constituyen verdaderas plataformas digitales activas de relaciones interpersonales, donde navegan contenidos de gran variedad en un océano de fotos, videos, opiniones, pensamientos y tendencias” (p. 43).

Nosotros preferimos hablar de redes sociales, como un servicio que posibilita el contacto e interacción entre personas, pudiendo compartir una variada gama de contenidos como ser –comentarios, fotos, videos, audios, entre otros-.

Por cuestiones técnicas, de diseño y tecnología resulta dificultoso determinar una fecha exacta para el nacimiento de las redes sociales tal cual las concebimos actualmente. Pese a ello, Altmark y Molina Quiroga (2012) mencionan que el primer sitio de redes sociales reconocible fue *Sixdegrees.com* donde se permitía a los usuarios crear perfiles y listas de amigos situándola en el año 1997 (p. 174).

Cuando surgieron las primeras redes sociales se creyó que se trataba de un fenómeno limitado y dirigido a adolescentes que pasaban su tiempo en máquinas de video juegos, motivo por el cual, inicialmente los tecnócratas de Silicón Valley y Wall Street veían a este suceso como un punto en el horizonte y prestaban más atención a los motores de búsquedas y al *marketing* dentro de los mismos. Sin embargo, cuando las redes sociales superaron los 75 millones de participantes quedó

demostrado que estas enormes audiencias se conformaban de un público muy variado (Laudon, 2010, P. 695).

Dentro de los primeros vestigios comunicacionales podemos ubicar:

a) El envío del primer *e-mail* a finales del año 1971 por Ray Tomilinson quien a través de la red *Arpanet* -precursora de la actual Internet- logró enviar un correo electrónico entre dos ordenadores que se encontraban situados en una misma sala.

b) La creación de *Usenet* en el año 1979 por Tom Truscott y Jim Ellis se constituyó en uno de los sistemas más antiguos de comunicaciones entre redes de computadora, permitiendo a los usuarios intercambiar opiniones y experiencias entre sí. El servicio giraba en torno al artículo como dato que se actualizaba y propagaba mundialmente a través de la red.

c) Entre la década de los 80 y 90 fue muy popular en los Estados Unidos el *Bulletin Board Systems* creado por Ward Christensen y Randy Suess, donde los usuarios accedían al servicio conectándose a la red a través de una línea telefónica y podían consultar distintas informaciones que eran proporcionadas por los participantes (Moreno Molina, 2014, p. 15-16).

d) La *World Wide Web* –en adelante la *Web*- fue sin lugar a dudas la que generó el cambio de paradigma en las comunicaciones y en el tráfico de contenidos e información. La misma tuvo su origen en el Centro Europeo de Física Nuclear en Suiza de la mano del ingeniero británico Tim Berners Lee como un sistema de intercambio de datos entre los 10.000 científicos que trabajaban en la Institución haciéndose pública en el año 1991.

En una etapa inicial a la *web* se la denominó 1.0 por considerársela como un punto de acceso unilateral a la información, donde los usuarios únicamente podían consumir los contenidos suministrados por los creadores de los sitios *web* sin poder interactuar con ellos ni con otros usuarios (Agustinoy Guilayn y Monclús Ruiz, 2016, p. 18).

La expansión y evolución socio-técnica de la *web* se identifica a partir de la concepción de las tecnologías de la información y la comunicación –en adelante TIC– como un motor de desarrollo y progreso.

En este entorno, internet en general y la *web* en particular, se postula como un escenario paradigmático de oportunidades, acuñándose en el año 2004 el término *web 2.0* por Tim O’Reilly para describir un fenómeno social que se basa en la interacción de los usuarios dentro de internet por intermedio de las plataformas digitales.

En este estado, el compartir, comunicar, conversar y cooperar forman parte de los cuatro pilares sobre los que se apoya la filosofía de la *web 2.0*. En este escenario el usuario *online* posee la facultad de crear, difundir y compartir contenidos con otros usuarios, dejando de ser un mero consumidor pasivo para pasar a ser generador y editor de los mismos, dentro de la comunidad digital (Castelló Martínez, 2013, p. 49).

Según estadísticas, *Facebook* se presenta como el sitio de red social que más usuarios posee a nivel mundial, posicionándose en el segundo lugar *Instagram* y en el tercero *Twitter*. (Mejía Llano, 2019).

Jurídicamente la red social se presenta como una persona jurídica cuya sede principal se encuentra en Menlo Park, Estado de California, EEUU. Tuvo su debut en la bolsa de Wall Street en febrero del año 2012 cotizando mediante oferta pública de venta en 104 mil millones de dólares, la más alta para una empresa que recién comenzaba a cotizar.

Podemos sintetizar el fenómeno de las redes sociales de la siguiente forma: a la radio le tomó 38 años llegar a los 50 millones de usuarios, a la televisión 23 años, a internet 4 años y a *Facebook* le llevó 9 meses superar los 100 millones de usuarios, una vez que abrió su plataforma al público en general en septiembre del año 2006 (Lopez y Ciuffoli, 2012, p. 27).

3. La suscripción a *Facebook*. Naturaleza jurídica

Para poder formar parte de la red social deben completarse una serie de datos personales dentro de la página *web* o bien dentro de la aplicación disponible para dispositivos móviles.

Los datos requeridos son: el nombre, apellido, sexo, fecha de nacimiento, correo electrónico o número de celular. Para finalizar con la registración el usuario debe adherirse a las condiciones de servicio, política de datos y *cookies* haciendo *Click* en la leyenda “regístrate”, previamente a generar una contraseña que junto con el correo electrónico o número de celular le permitirá al usuario el ingreso a la comunidad virtual.

En este estado nos preguntamos ¿Puede ser considerada la “suscripción” a *Facebook* como la celebración de un contrato? De ser afirmativa la respuesta ¿En qué tipo contractual previsto en nuestro ordenamiento jurídico podríamos enmarcarla?

Para responder a éstos interrogantes comenzaremos por dar cuenta del llamado contrato clásico, como eje contractual de nuestro sistema jurídico de derecho privado argentino.

3.1 El contrato clásico

El artículo 957 CCyC define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

El contrato clásico presenta cuatro pilares fundamentales; la autonomía de la voluntad, el consentimiento, la fuerza obligatoria y el efecto relativo (Gregorini Clusellas, 2003, p. 1).

Indagaremos en cada uno de esos elementos para determinar si en la suscripción que realiza el usuario se encuentran acreditados.

a. La autonomía de la voluntad y libertad de contratación

La autonomía de la voluntad en su expresión dogmática ha dado cuenta de la soberanía del querer del individuo constituido en regla y medida de la obligación libremente pactada. El Código Civil de Vélez Sarsfield -en adelante CC- lo había establecido como un principio rector en materia contractual, instituyendo por intermedio del artículo 1197 que la voluntad de las partes contractualmente expresada constituía una regla a la que debían someterse como a la ley misma, resumido en el *adagio pacta sunt servanda*.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCyC- ha dejado de hacer referencia a la autonomía de la voluntad para colocar como eje rector al principio de la libertad de contratación, estableciéndose por intermedio del artículo 958 que las partes son libres de contratar y determinar el contenido del contrato, sujetándose a las limitaciones impuestas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Nosotros entendemos a la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar como anverso y reverso de una misma moneda, toda vez que la noción de la autonomía de la voluntad descansa sobre la libertad, y por ende, lo libremente querido es obligatorio (Alterini 1981, p. 350).

Con todo lo expuesto, podemos observar que el usuario que se suscribe a la red social únicamente posee el querer de obtener el servicio, pero no tiene oportunidad de determinar el contenido de las condiciones del servicio, las que *prima facie* regirán la relación jurídica. Se puede observar de esta manera que los conceptos de autonomía de la libertad y de libertad de contratación se ven seriamente controvertidos.

b. El consentimiento

El CC en su artículo 1137 señalaba que el consentimiento constituía la base de la declaración de voluntad común, destinada a reglar derechos y obligaciones de las partes en base a un acuerdo convencional.

El artículo 971 CCyC indica que “los contratos se concluyen [...] por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”

Entonces, la acción que realiza el usuario al *clickear* en la leyenda “regístrate” ¿puede considerarse como una conducta suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo?

Al respecto se ha manifestado que en los contratos electrónicos donde el internauta desea ingresar a un sitio *web*, pero que previo se le exige la aceptación de condiciones generales que impone el mismo sitio, al pulsar o cliquear con el botón del *mouse* de la computadora en la leyenda “aceptar” el usuario está expresando su voluntad. (CACAyT CABA. Sala I. “AOL Argentina S.R.L. c/ GCBA s/otras causas con trámite directa ante la Cámara de Apelaciones”, sentencia del 29-12-2005. Voto Dr. Centenaro).

Si bien es cierto que el usuario de esta forma expresa en alguna medida su voluntad, existe otra cuestión que poco es desarrollada y estudiada en el derecho y que sin embargo resulta de vital importancia: la racionalidad de los usuarios en la toma de sus decisiones.

En la actual sociedad de consumo, estudios científicos demuestran la falta de racionalidad de los usuarios en la toma de sus decisiones. Este fenómeno no es nuevo ya que comenzó a ser advertido en las décadas de los 60 y 70 del siglo pasado llevando a diferentes afanosos a realizar profusos estudios.

De la mano de la psicología cognitiva se destacaron los aportes brindados por Daniel Kahneman Premio Nobel de Economía en el año 2002 el cual llegó a las siguientes conclusiones: de que existen dos sistemas sobre los cuales se basan las toma de decisiones de los consumidores; El sistema 1 y sistema 2.

En el sistema 1 las decisiones a la hora de consumir se llevan adelante de una manera rápida y automática, con poco o casi ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. En tanto en el sistema 2 el consumidor centra su atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse (Sobrino, 2019, p. 1).

Esto se ve reflejado en distintos estudios que merecen seriedad donde se da cuenta que sólo una de cada mil personas se detiene a leer las condiciones de servicio y políticas estipuladas por el proveedor del servicio, constante que se repite en diversos países (Shina, 2019, p. 1).

En resumen, podemos decir que las manifestaciones que realizan diariamente millones de usuarios aceptando las condiciones del servicio de *Facebook*, son en base a un actuar rápido, automático, intuitivo, irreflexible, poco analítico y emocional. Impulsados por el deseo incontenible de querer formar parte de la comunidad digital y de ésta forma no quedar afuera de la actual sociedad donde las plataformas digitales resultan de utilización corriente por una cantidad importante de la población.

En virtud de lo expuesto, consideramos que no puede reconocérsele al acto de *clickear* en la leyenda “regístrate” las características legales que nuestro sistema jurídico prevé para el consentimiento como un acto analizado, pensado y meditado (Sobrino, 2019, p.11-12).

c. Fuerza obligatoria del contrato

La fuerza obligatoria del contrato tiene su fundamento en el querer de las partes, es decir, sí las partes han aceptado libremente el contenido del contrato, el mismo es obligatorio.

El artículo 1197 CC contemplaba que las convenciones hechas en los contratos formaban para las partes una regla a la cual debían someterse como a la ley misma.

El artículo 959 CCyC establece que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes y, su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley así lo prevea.

Ahora bien, la fuerza obligatoria del contrato tiene razón de ser ante la existencia de un contrato válido, pero ¿podemos afirmar que estamos ante la existencia de un contrato válido? Téngase presente que hasta el momento vimos que en la suscripción no se encuentran dos elementos esenciales de todo contrato: a) la autonomía de la voluntad y b) el consentimiento.

Entonces, ¿las condiciones del servicio resultan obligatorias para el usuario? Debemos recordar que las condiciones del servicio prevén, entre otras, cláusulas tales como; la competencia de los Tribunales de los Estados Unidos ante eventuales conflictos y la exención de responsabilidad por el servicio que se brinda.

Es así que, las mismas se presentan como cláusulas abusivas, las que, llegadas a una instancia de conflicto judicial el juez deberá declararlas inválidas conforme las normas de orden público imperantes en nuestro sistema jurídico, las que más adelante desarrollaremos.

En consecuencia, entendemos que tampoco resulta aplicable el presente elemento “fuerza obligatoria del contrato” a la suscripción que realiza el usuario a la red social.

d. Efecto relativo de los contratos

El CC en su artículo 1195 establecía que los efectos de los contratos se extendían activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, no pudiendo perjudicar a terceros, ni oponerse o invocarse a ellos sino en los casos expresamente previstos. El principio de intransmisibilidad era respecto: a) obligaciones inherentes a la persona; b) que resulte lo contrario de una disposición legal; c) de una cláusula del contrato; y d) de su naturaleza misma.

El artículo 1021 CCyC recogió el mismo precepto estableciendo como regla general que el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes y no respecto a terceros salvo en los casos previstos por la ley.

Pero llegados a este punto, resulta infructuoso hablar del efecto relativo de un contrato porque, de lo desarrollado hasta al momento hemos dado cuenta de la inexistencia de un contrato clásico.

Ello nos invita a estudiar y analizar otros tipos contractuales con elementos y estructuras propias como por ejemplo el contrato de adhesión.

3.2. Contrato de adhesión

El CC no contenía una regulación sobre la contratación por adhesión a cláusulas generales predispuestas, ya que la figura del contrato clásico se basaba en la igualdad jurídica de las partes y en la libre negociación de sus cláusulas.

El CCyC incorporó la figura de la adhesión denominándolos como “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”, ubicando su tratamiento en el Libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 2° dentro de la regulación de los contratos paritarios, sin embargo tal como hemos estado viendo, poco tiene que ver este tipo de contratación, con un contrato paritario, justamente, porque no reúnen los cuatro pilares fundamentales del contrato clásico.

El artículo 984 define al contrato por adhesión como “aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

El cambio de paradigma en la realidad comercial trajo aparejada necesidades de comercialización masiva de bienes y servicios. De esta forma se fue abriendo camino la celebración de contratos a través de máquinas u ordenadores y de formularios pre impresos, a los cuales sólo resta adherir para adquirir el bien o servicio, evidenciándose de esta manera una desigualdad en el poder de negociación entre los

sujetos, que no responden ni remotamente al contrato clásico (Rivera, 2015, pp. 457-458).

Hay quienes consideran que el contrato de adhesión debe ser analizado por la importancia que revisten dentro de la economía de mercado y no por tanto por definiciones doctrinarias, toda vez que este tipo de contratación se constituye como un fenómeno de la economía antes que una derivación de la teoría general del contrato (Shina, 2018, p. 1).

Las cláusulas que componen este contrato se las denomina predispuesta ya que son elaboradas anticipadamente por una sola de las partes: predisponente, profesional, proveedor o empresarios, sin intervención de la otra parte cocontratante. De esta forma quien desea obtener un bien o servicio, debe someterse a las condiciones impuestas, demostrándose así una unilateralidad, rigidez y nula negociación (Stiglitz, 2015, p. 376).

Entendemos que el CCyC al regular el contrato de adhesión dentro del “tipo general de contrato” no sido de lo más feliz, máxime si se toma en consideración que de los fundamentos del Anteproyecto se desprende que en realidad se está ante la presencia de “una modalidad del consentimiento, donde existe una gradación menor de la autonomía de la voluntad y de la libertad para fijar el contenido”. Es decir, estamos ante la ausencia de dos elementos fundamentales de todo contrato clásico: a) el consentimiento y b) la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar.

Es así que estos acuerdos formados a través de la adhesión a cláusulas generales predispuestas, marcan un punto de ruptura con el contrato clásico, toda vez que la circunstancia de que no estén regidos por la regla de la autonomía de la voluntad y por la negociación paritaria es determinante para poder afirmar que se trata de un tipo contractual totalmente independiente.

Este tipo contractual, se presenta como una herramienta jurídica favorita para las corporaciones al permitirles controlar los riesgos de su negocio y acotar

responsabilidades, ello en un claro desmedro de los derechos de los consumidores y usuarios.

a. Requisitos

El artículo 985 CCyC indica que “Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible [...]”

Tal como refiere Shina (2018) la mayoría de las personas que adhiere a este tipo contractual, ni siquiera los lee. Es así que las estadísticas dan cuenta que sólo una de cada mil personas lee este tipo de contratos (p.2).

Con las condiciones del servicio de la red social, ocurre lo mismo, ¿cuántos de los millones de usuarios que forman parte de la plataforma digital habrán leído las condiciones del servicio?, y de haberlo hecho ¿habría cambiado en algo?, acaso ¿dejarían de formar parte de la red social?

Las condiciones del servicio redactadas por *Facebook*, se presentan como un documento terminado y autónomo donde el adherente no puede negociar o discutir ninguna cláusula. El texto remite a diferentes ventanas para explayarse en explicaciones, pero tanta información en definitiva desinforma.

Las cláusulas se conforman más precisamente en un compendio de declaraciones de deseos y en obligaciones para el usuario donde varias de sus estipulaciones devienen a simple vista abusivas, tales como: la eximición de responsabilidad, derecho y jurisdicción aplicable en caso de un eventual conflicto, entre muchas otras.

En lo que respecta a las Políticas de datos y *cookies* ocurre que quien desea leerlas seguramente entienda muy poco, porque se utiliza terminología que el común denominador de las personas no maneja y en consecuencia poco entenderá.

Como si fuera poco, tampoco queda claro el destino que la red social otorga a los datos personales de los millones de usuarios que utilizan el servicio, quedando en principio claro, que es la base principal de sus ganancias.

b. La interpretación

Con buen tino, el artículo 987 CCyC indica que las cláusulas que presentan una redacción ambigua y permitan una interpretación dudosa, deberá ser entendida en el sentido menos favorable para quien la ha predispuesto. Esto se corresponde con la característica que posee la contratación por adhesión, en tanto activa el denominado principio protectorio (Stiglitz, 2015, pp. 637-638).

La interpretación cobra una especial relevancia a la hora de aplicar ciertas cláusulas contractuales que derivan en irrazonables o abusivas para el usuario, como por ejemplo; la jurisdicción para litigar y la eximición de responsabilidad de la red social por los daños que se ocasione al usuario. Estos temas serán desarrollados en el transcurso del presente trabajo.

Por lo expuesto, entendemos que el contrato de adhesión es el que mejor se corresponde con la realidad contractual que se presenta entre el usuario y la red sociales.

4. El vínculo jurídico entre el usuario y la red social ¿una relación de consumo?

Es importante indagar cuál es la relación jurídica que vincula al usuario y/o terceros con la red social, ya que ello nos brindará las pautas para determinar las normas aplicables ante los conflictos que se puedan suscitar.

Entendemos que la relación de consumo es la que mejor se condice con la realidad jurídica que se presenta entre las personas y la red social, ya que, como se ha manifestado, ésta relación no se basa exclusivamente en una relación patrimonial sino que en ella hay una concepción particular de la sociedad y del mercado, donde

las relaciones se tejen entre fuertes y débiles, satisfechos y necesitados (SCBA, “Crédito para todos 24 S.A. c. Estanga, Pablo Marcelo s. cobro ejecutivo, sentencia de 03-09-2014).

Resoluciones judiciales como la del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 1 de la Capital Federal, ha indicado que el vínculo jurídico existente entre el usuario y la red social *Facebook* se desenvuelve dentro del ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (Juz.CyCF N° 1, “Lamuedra Ernesto Ricardo c. Facebook Inc. y otros s. incumplimiento de contrato. Considerando 13”, sentencia 15-03-2016, expt. 4913/2013).

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, señaló que el daño que sufrió el actor usuario de la red social *Facebook* fue a causa de estar expuesto a una relación de consumo. (CACyC, Mar del Plata, “B.J.E. c/Facebook Argentina S.R.L. y otros s/reclamo contra actos de particulares”, sentencia del 17-07-2015).

La ley de Defensa del Consumidor B.O 15-10-1993 y sus modificatorios –en adelante LDC- tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina pretendiendo otorgar una mayor protección a la parte más débil de las relaciones comerciales, intentándose de esta manera recomponer con un sentido ético, de justicia y solidaridad el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios.

Posteriormente, la ley 24.430 B.O.10-01-1995 mediante la cual se reformó nuestra Constitución Nacional –en adelante CN- incorporó en el artículo 42 que los consumidores y usuarios que adquieran bienes o servicios tienen derecho en toda la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad, intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

Por su parte, el artículo 75 inc. 22 CN vino a incorporar a nuestro sistema jurídico un vasto contenido de derechos y garantías debido a los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos. Los derechos de los

consumidores y usuarios se encuentran comprendidos dentro de la categoría de Derechos Humanos en virtud de encontrarse comprendidos aspectos que hacen directamente a la dignidad de la persona, entre los que caben señalar; la vida, la libertad, igualdad y salud.

La consecuencia directa que trae aparejado ello es que ciertos principios que eran exclusivos del derecho internacional de los Derechos Humanos ahora resultan aplicables a las relaciones de consumo, como por ejemplo el principio *pro homine* y el *favor debilis*.

En otro orden, las normas del derecho de consumo en nuestra legislación interna se establecen como normas de orden público, conforme el artículo 65 de la LD y el artículo 12 del CCyC al prescribir que los particulares a través de convenciones no pueden dejar sin efecto las leyes donde se encuentre interesado el orden público.

Lorenzetti (2009) enuncia cuatro funciones del orden público: a) Función de garantía del consentimiento pleno y de igualdad de oportunidades, en razón de la situación de desigualdad del consumidor; b) Función de coordinación, garantizando la licitud de lo pactado por las parte, en el marco del respeto a la persona, la moral y buenas costumbres; c) Función de dirección, por el interés que tiene el propio Estado en organizar la justicia con bases distributivas y d) Función de protección, por la que el orden público tiende a resguardar a una de las partes contratantes considerada la más débil y mantener así el equilibrio interno del contrato (p. 25).

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el orden público se refiere a principios fundamentales del Estado que tienden a actuar como correctivo funcional, en defensa de todos los elementos –normas, principios y valores- que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y nacional.

Finalmente, el artículo 1092 CCyC indica que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor, con lo cual, nos resta indagar en éstos dos conceptos –consumidor y proveedor-.

a. Consumidor

La irrupción de las TIC produjo cambios en el comportamiento del consumidor, tal es así que en el siglo XXI la sociedad tiene otras necesidades, inquietudes y preferencias donde la persona se interesa por el ocio y la cultura como un “consumo no material”.

En este tipo de consumo no material, nos obliga a redefinir y adecuar la concepción tradicional de consumo y las redes sociales cobran un papel preponderante en este nuevo escenario.

Sin lugar a dudas, las redes sociales han empoderado a los usuarios dejando de ser meros consumidores de información y contenidos para pasar a convertirse en gestores y productores.

Los datos apuntan que unos 1.720 millones de internautas están suscriptos a un medio social y según estudios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones hay alrededor de 3.000 millones de usuario de internet dando cuenta así que seis de cada diez internautas utiliza las redes sociales (Soengas, Vivar y Abuín, 2015, p.117).

En nuestro sistema jurídico la noción de consumidor se construye a partir de la idea de debilidad y vulnerabilidad de la persona que adquiere bienes o servicios.

Originariamente la LDC adoptó un concepto restringido de consumidor considerando solamente a las personas que contrataban a título oneroso, pero la reforma introducida por la Ley 26.361 B.O. 07-04-2008 amplió el concepto y decidió tutelar a las relaciones a título gratuito y al tercero expuesto a la relación de consumo o conocido también como *bystander*.

El CCyC en concordancia con la LDC definen al consumidor como una la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y el artículo 1092 CCyC señala que “queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa [...]”.

Entonces, el usuario que forma parte de la plataforma digital cumple claramente con los requisitos que prevé nuestra legislación: a) el usuario adquiere y utiliza un servicio; b) el destino del mismo en principio resulta “final” aunque la red social posibilita –a través del pago de un canon- que el mismo sea utilizado para actividades comerciales; y c) el servicio se presenta en su mayor parte como gratuito.

Este último elemento presenta discusiones, ya que resulta difícil de creer que se coloque a disposición de los usuarios una infraestructura con un costo millonarios para permitir únicamente satisfacer deseos de expresión y comunicación de los usuarios entre sí, con un fin netamente benéfico o altruista (González Girodo, 2015, pp. 4-5).

Resulta pues claro que detrás de estas plataformas se encuentra un millonario negocio basado en publicidad y *marketing* directo gracias a la utilización indiscriminada y sin autorización de los datos personales de los usuarios.

b. Proveedor

Respecto a las empresas tecnológicas que realizan sus actividades comerciales por intermedio de internet, se ha indicado que se conforman en empresas comerciales con actividad en todo el mundo, y no como fundaciones civiles sin fines de lucro o de bien público.

La mercancía objeto de su industria se conforma de información, opiniones y comentarios, que se encuentran sujetas incluso a las leyes de producción mercantil cuyos parámetros deben ser apreciadas con los mismos parámetros que cualquier otra industria lícita, como la de brindar servicio de salud, educación o vender cosas (CNAC, “Mazza, Valeria c/ Google Inc y otros/ds y ps”, sentencia de 11-07-2018, Voto Dr. Víctor Liberman).

El artículo 1093 CCyC en concordancia con la LDC define al proveedor como la persona humana o jurídica que actúa profesional u ocasionalmente o como una empresa productora de bienes o prestadoras de servicios, pública o privada, que

tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social

Lovece (2019) indica que aun cuando no se encuentre mencionado explícitamente el proveedor extranjero dentro de la definición otorgada por el CCyC por aplicación del principio *in dubio pro consumidor* debe entenderse incluido (p.5).

La actividad del proveedor debe desarrollarse de manera profesional y ser destinada a los consumidores y usuarios, es decir a destinatarios finales y los productos o servicio pueden pertenecer a cualquier área de la economía entre ellos productos informáticos en su sentido más amplio (Lorenzetti, 2008, p. 111).

Por lo expuesto, podemos arribar a la conclusión de que *Facebook* se encuadra perfectamente en la definición brindada en nuestra legislación como proveedor, toda vez que: a) actúa como una persona jurídica; b) actúa de manera profesional como productora de bienes y servicios; c) tiene por objeto brindar un servicio a sus usuarios; d) y posee una sucursal en nuestro país.

En esta línea de pensamiento, se ha expresado que resulta ingenuo pensar que la red social tenga únicamente fines filantrópicos, ya que es conocido que ha obtenido y obtiene ganancias millonarias gracias a la recolección de datos personales, publicidad y *marketing* entre otras actividades en virtud de la utilización que hacen los usuarios de la plataforma digital (Feldstein de Cárdenas, 2013, p. 251).

c. Tercero expuesto

La persona que se encuentra expuesta a una relación de consumo también denominada *bystander*, había encontrado en nuestro ordenamiento jurídico recepción legislativa por intermedio de la ley 26.361 después de un largo recorrido doctrinario y jurisprudencial. Así se consideraba consumidor a quien “de cualquier manera estaba expuesto a una relación de consumo”.

Pero el CCyC produjo modificaciones en la LDC viéndose actualmente restringida su aplicación. De los Fundamentos del Anteproyecto se desprende que tal

decisión se debió a que la redacción de la ley 26.361 había dado lugar a que se considere consumidor a personas que habían sido víctimas de accidentes de tránsito, entendiéndose en definitiva que la figura se había distorsionado.

Actualmente, del juego armónico de los artículos 1092 y 1096 CCyC la figura resulta aplicable exclusivamente al ámbito de las prácticas abusivas, pero no se ha determinado ese ámbito por lo que será labor de la doctrina y jurisprudencia en definitiva marcar los contornos del mismo.

Nosotros consideramos que se ha incurrido en un retroceso legislativo, jurisprudencia y protectorio de los consumidores, toda vez que con la intención de excluir a un determinado sector que se comprende en un rubro específico, se dejó sin protección a un sinnúmero de personas que ven afectados sus derechos por la relación de consumo entre terceros.

En el caso que nos importa, cuando un usuario de la red social coloca en la plataforma por ejemplo: fotos y vídeos íntimos ajenos a su persona y sin el consentimiento de su titular, se producen daños en los derechos personalísimos de la persona expuesta.

Pero como si fuera poco, existe un agravamiento, y es que esa persona ni siquiera decidió formar parte de la red social.

Entonces, esa persona a nuestro modo de ver le resulta aplicable la figura del tercero expuesto a una relación de consumo, debido a la existencia de una relación de consumo entre el usuario que generó el daño y la red social.

Con la redacción establecida oportunamente por la ley 26.361 la aplicabilidad de la figura del *bystander* no ofrecía mayores dificultades metodológicas para el caso planteado.

Entonces surge el siguiente interrogante: ¿puede el CCyC restringir la aplicación de una figura que había sido reconocida por una ley especial?

Para responder a dicho interrogante debemos tener en cuenta que se encuentran en juego los derechos de consumidores y usuarios.

Nosotros creemos que el derecho de consumo al estar comprendido dentro de la categoría de los Derechos Humanos, y teniendo en cuenta que el legislador en los artículos 1° y 2 CyC como eje rector decidió consagrar que:

Los casos sometidos a consideración, deberán ser resueltos conforme las leyes que resulten aplicables, la CN y los tratados de derechos humanos; aclarando que la interpretación de la ley deberá realizarse teniendo en cuenta los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

En definitiva, sería una contradicción restringir la aplicación del tercero expuesto a la relación de consumo y ello por las siguientes conclusiones:

a) Los tratados de derechos humanos deben ser interpretados de la forma en que mejor favorezca a las personas que son sujeto de derecho en cada caso, entendiéndolos de la forma más amplia posible, mientras que a las limitaciones de la manera restrictiva.

b) El artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén que los estados partes se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí enumerados.

De esta forma se postula el principio “progresividad”, conteniendo una doble dimensión; por una parte, como un avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados y por la otra, como una prohibición de retorno llamado también principio de “no regresividad”. Determinándose así la imposibilidad de que se reduzca una protección que ya había sido acordada por ley.

c) La sanción del CCyC trajo aparejado la reducción de una protección que había encontrado amparo en una ley especial emanada del Congreso de la Nación, por lo tanto, entendemos que se han violado los principios *pro homine*, progresividad y no regresividad, entre otros.

d) Al día de la fecha la CSJN no ha cambiado su doctrina en cuanto afirma que el deber de indemnidad a cargo del proveedor alcanza no sólo a quienes son consumidores o usuarios del bien o servicio, sino también quienes sufran daños en situaciones de riesgo creados por comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes (CSJN, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, sentencia del 06-03-2007).

De esta manera, consideramos que cuándo se produzcan daños a terceros en ocasión de una relación de consumo debe quedar comprendido en el régimen protectorio amparado por el artículo 42 CN y los tratados internacionales y sólo después aplicable la ley especial LDC y el CCyC.

5. La afectación de los derechos personalísimos

Actualmente la mayor parte de la actividad en internet pasa por las redes sociales, convirtiéndose en las plataformas de preferencias para el *marketing*, comercio electrónico, enseñanza, creatividad cultural, medios de comunicación y ocio, dejando de ser utilizadas únicamente para relacionarse y charlar con amigos.

Pero también se han constituido en una actividad o medio donde se posibilita la comisión de distintos tipos de delitos y la producción de diversos daños a los derechos personales, cuya magnitud al día de la fecha se desconocen.

Así, los derechos personalísimos entendidos como prerrogativas de contenido extrapatrimoniales, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes* que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte y, de las que no puede ser privado porque tal hecho implicaría un desmedro o menoscabo en su personalidad (Llores, Rajmil & Torrens, 2015, p. 181) se presentan como los principales derechos afectados por el uso de las redes sociales.

El CCyC recogiendo los frutos de la doctrina y jurisprudencia, se propuso regular de una manera sistemática los derechos personalísimos, postulando como

ejes rectores la inviolabilidad y la dignidad de la persona humana.

El artículo 51 CCyC señala que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Esta amplia fórmula implica, por un lado, que la integridad de la persona está expresamente tutelada en todas sus dimensiones y, por el otro, entraña la exigencia del consentimiento de la persona para la disposición de sus derechos personalísimos.

A través de la práctica denominada *Revenge Porn* o Porno Venganza puesta de manifiesto en redes sociales y plataformas de mensajería de instantáneas, se ve afectada seriamente la dignidad de la persona humana. Así por medio de éste procedimiento ex parejas o terceros –que accedieron al material sin autorización- deciden hacer público un material –fotos o videos- de contenido sexual explícito, sin autorización de la persona que aparece representada con la clara intención de generarle daño.

Como es sabido, los contenidos que circulan por las plataformas digitales pueden ser obtenidos y almacenados por cualquier internauta. Esto además de afectar los derechos personalísimos a la intimidad, honor e imagen, derechos constitucionalmente amparados –y receptados de forma expresa en el CCyC- repercute además sobre la “identidad digital” de la persona, entendida como aquella información que no sólo se relaciona con el nombre, apellido, nacionalidad, sexo, estado civil, sino con que una cantidad de información y datos que la persona o terceros –familia, amistades, compañeros de trabajo, desconocidos- vuelcan en las redes sociales (Vaninetti, 2016, p. 2).

Existe una escasa concientización de esta situación tanto por la propia red social como por nuestro Estado. Distintos proyectos de ley se han presentado para intentar regular las redes sociales, entre ellos podemos señalar el proyecto presentado por el Diputado Nacional Juan Fernando Brügge, (Expediente 8542-D-2016) publicado en el Trámite Parlamentario N° 180 con fecha 01-12-2016.

El mismo preveía la creación de una Defensoría Pública en Redes Sociales de

Contenidos Digitales circunscripta al ámbito del Poder Legislativo, con una independencia funcional, cuya misión fundamental era la de promover y difundir el buen uso de las redes sociales; defender a las personas humanas y jurídicas ante la vulneración de sus derechos constitucionales; investigar mediante la Denuncia de Habeas Data Administrativo los comportamientos perjudiciales e inapropiados; determinar si procede la denuncia y emitir una resolución disponiendo el bloqueo temporal de un sitio y/o perfil; exigir la inmediata solución de comportamientos ofensivos, agresivos o contrarios a la dignidad humana por medio de las redes sociales, etc.

Pero al día de la fecha no se ha sancionado ninguna ley respecto a las redes sociales como de los intermediarios de internet.

6. Responsabilidad de *Facebook*

Se ha indicado que la responsabilidad consiste en un sistema de normas y principios que regulan la prevención y la reparación del daño injusto (Pizarro & Vallespinos, 2017, p. 6).

Para indagar sí es posible hacer responsable a la red social por los daños generados por sus usuarios, tendremos que dejar de lado el sistema de responsabilidad civil tradicional, para dar paso a un sistema especial basado en las normas del derecho de consumo.

Es que los daños producidos por intermedio de las redes sociales quedan en muchos casos sin reparación, pudiéndose esperar en el mejor de los casos, que el proveedor del servicio bloquee el contenido dañoso en una instancia administrativa o ante una exigencia judicial, siempre que no se encuentre controvertido el derecho a la libertad de expresión.

Hay quienes sostienen que el usuario generador del daño es el único responsable, porque la red social no posee la obligación de monitorear y moderar

millones de contenidos -entre ellos, opiniones, comentarios, fotos y videos- ya que esa obligación no se condeciría con la realidad y la rentabilidad del negocio (Tomeo, 2010, p. 7).

Sin embargo, nosotros nos permitimos disentir con ese punto de vista, toda vez que se presenta dificultoso determinar al usuario que generó el daño para demandarlo conforme a nuestras normas de fondo y forma. Dentro del ámbito de internet y más precisamente en las redes sociales impera el denominado “anonimato” que permite a cualquier persona que adquiera un *Smartphone* y logre una conexión a internet a través de *WI-FI* abrir una cuenta en *Facebook*.

Además colocar en cabeza del usuario esa individualización, es endilgarle una carga procesal que no se condice con los principios rectores que rigen la relación de consumo, ni con el principio de las “cargas dinámicas” propias del derecho de consumo.

Es que en el moderno Derecho Procesal, predomina el principio de las cargas probatorias dinámicas, según el cual la carga procesa, se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; no hay preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución justa según la circunstancia del caso concreto (CNACC, Sala, B “M.E.C. c/AUTOMILENIO S.A. s/Ordinario, sentencia 22-11-2018).

Queda claro que quien está en mejores condiciones de determinar al usuario infractor es la propia red social y ello no surge de cuestiones caprichosas, sino que se desprende de las políticas de datos que la misma red social ha redactado.

Finalmente, las normas de derecho de consumo colocan en cabeza del proveedor del servicio una obligación de seguridad y un deber de información.

a. La obligación de seguridad

La obligación de seguridad encuentra arraigo en el artículo 42 CN al indicar que en las relaciones de consumo los usuarios tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos.

El artículo 5 LDC postula que “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Esta obligación es de resultado, toda vez que la ley coloca a los proveedores de bienes y servicios como garantes para evitar la producción de daños a los consumidores (Picasso, 2015, p. 8).

Así ésta obligación encuentra asidero en las relaciones de consumo abarcando no sólo a los contratos sino a los actos unilaterales como a la oferta a sujetos indeterminados. De forma tal que la seguridad debe ser garantizada en el período contractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales respecto de sujeto no contratantes (CSJN, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, sentencia del 06-03-2007).

En consecuencia podemos arribar a la conclusión de que la obligación de seguridad resulta aplicable a los terceros que no forman parte de la red social.

Con todo, la red social debe cumplir con la obligación de seguridad que le impone nuestro ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

a. Las normas que protegen los derechos de los consumidores y usuarios son de orden público, impidiendo ser dejadas de lado por las partes, como por las autoridades administrativas y judiciales.

b. De las condiciones del servicio punto 4.4. *Facebook* indica que “[...] si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa (“reclamación”) que presentes contra nosotros [...]”. De esta manera *Facebook* al aceptar la aplicación de las normas de derecho de consumo locales, luego por la teoría de los actos propios no podría negarse al cumplimiento de sus obligaciones y deberes legales.

c. La obligación de seguridad se convierte en una contrapartida para el mercado, pues las empresas que no invierten en seguridad bajan sus costos,

aumentan sus ganancias y en definitiva perjudican a los consumidores.

Se ha manifestado que las empresas que no invierten en seguridad o lo hacen deficientemente trasladan los riesgos a los usuarios, consumidores y al mercado mismo, lo cual resulta inaceptable desde que la persona humana resulta inviolable (Gherzi, 2017, p. 3).

En virtud de lo expuesto, entendemos que cuando un usuario produce un daño utilizando el servicio brindado por *Facebook*, éste último es responsable por la obligación de seguridad que pesa sobre él.

b. El deber de información

El deber de información encuentra también protección en el artículo 42 CN al indicar que los consumidores y usuarios tienen derecho en la relación de consumo a una información adecuada y veraz.

El artículo 4 de la LDC indica que “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” y el artículo 1100 CCyC agrega además que se debe informar “[...] toda otra circunstancia relevante para el contrato [...]”.

Es así que este deber se conforma como uno de los instrumentos básicos y fundamentales para paliar las asimetrías existentes entre proveedores y consumidores, encontrándose dirigida a racionalizar las opciones del consumidor otorgando transparencia y permitiendo un acabado conocimiento de las cualidades y atributos de los servicios puestos a su disposición (Gherzi & Weingarten, 2009, p. 33)

En este estado, podemos afirmar que la red social no informa al consumidor los riesgos que implica el servicio ofrecido para los derechos personalísimos de las personas, con lo cual, resulta responsable y debe asumir las responsabilidad que ello trae aparejado.

7. Factor de responsabilidad

El eje en torno al cual gira la reparación de los daños sufridos por los consumidores y usuarios se encuentra constituido principalmente por el artículo 42 CN y por la LDC conformándose un microsistema de responsabilidad especial.

Es que nos enfrentamos a hechos jurídicos tecnológicos sin precedentes que nos obligan a repensar los conceptos más tradicionales y clásicos que conocemos en el derecho (R. Porto, comunicación personal, 17 de mayo de 2019).

Por eso, el derecho de consumo abandona ciertos principios y normas propios del derecho común, para dar paso a un sistema que trata de estar siempre a la solución más favorable para el consumidor, postulando el sistema de responsabilidad objetivo, compadeciéndose así con el carácter de parte débil del consumidor y con la finalidad tuitiva que inspiró el dictado de la LDC (Picasso, 2008, p.3).

El artículo 40 LDC regula los daños resultantes del “vicio o riesgo de la cosa de la prestación del servicio”, al establecer:

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio [...] La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

El artículo 1757 CCyC señala:

...el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes [...] el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Por su parte, el artículo 1758 CCyC indica que “...en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

De lo manifestado se desprenden que deben encontrarse acreditados para aplicar la responsabilidad objetiva los siguientes elementos:

a. Producción de un daño

El artículo 51 del CCyC indica que “...la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada su dignidad [...] puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”.

Por su parte el artículo 1710 CCyC indica que el daño se produce cuando se lesiona un derecho o interés que tenga como objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Partiendo de la premisa que sobre toda persona recae un deber jurídico de no causar un daño otro, quien por cualquier acción u omisión lo genere y éste no se encuentre justificado –por una legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio regular de un derecho- su conducta se torna *per se* antijurídica.

Esto implica en la moderna teoría general de la responsabilidad, que la obligación resarcitoria no surge únicamente por la existencia de una conducta contraria a una norma jurídica, sino más bien por la existencia de un daño. De esta manera la ilicitud civil a diferencia de la penal es atípica pues no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida (Calvo Costa y Sáenz, 2016, p.125).

Entonces, resulta suficiente que se acredite la producción de un daño a los derechos de la intimidad, honor e imagen para que el mismo se torne reparable.

b. Poseer la categoría de consumidor.

Respecto a éste punto, remitimos al punto (4.a) donde consideramos que el usuario de la red social reviste el carácter de consumidor.

c. Actividad riesgosa o peligrosa

Es importante determinar sí el servicio que presta *Facebook* puede considerarse como una actividad riesgosa o peligrosa y por ello, indagaremos sobre estos conceptos

Podemos decir que una actividad resulta ser riesgosa o peligrosa cuando por su propia naturaleza o por las circunstancias en que se realiza, y conforme al curso normal y ordinario, genera una significativa probabilidad de que se genere un daño.

Se ha indicado que la empresa se constituye como uno de los ámbitos de la actividad riesgosa, en el sentido de que organiza el capital y el trabajo como factores de producción y fines lucrativos (Pizarro, 2006, p. 161).

Se ha manifestado que la responsabilidad debe recaer sobre quien genera fiscaliza, supervisa, controla o potencia la actividad riesgosa, no siendo desechable la posibilidad de una pluralidad de sujetos obligados a resarcir en forma concurrente, ya que el fundamento de la obligación de resarcir radica en la sola creación del riesgo (CNAC, Sala L "Carrozo Evangelina c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, s. daños y perjuicios", sentencia del 10-12-2013).

En efecto, al comprender que la empresa *Facebook* ha diseñado el *software*, estipulado las condiciones de su funcionamiento y ejerce el poder de policía dentro de la plataforma digital, el daño que por intermedio de ella se genere, es una consecuencia inmediata del diseño con que se presenta el servicio y es que antes de ofrecerse dicho servicio, el riesgo y el posterior daño no existían (Müller, 2012, p. 6).

Desde ese punto de vista, Granero (2014) señala que a mayor desarrollo de nuevas tecnologías que generan mayores riesgos, mayores serán las obligaciones de seguridad y el deber de información. Es así que la responsabilidad no surge sólo de una conducta antijurídica en relación causal con el daño, sino del mismo riesgo creado por la actividad realizada, la que puede considerarse riesgosa por la repotenciación del daño que puede generar dicha actividad si no es debidamente controlada (p. 3).

Todo lo expuesto, nos lleva a la conclusión de que estamos ante la presencia de una actividad riesgosa.

d. Solidaridad

El artículo 828 CCyC indica que “La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación”.

Entonces, la solidaridad se constituye siempre en una excepción a la regla general que impone la mancomunación, exigiéndose una voluntad inequívoca de las partes o disposiciones expresas de la ley para que surja dicha solidaridad.

En este estado, el artículo 40 LDC indica expresamente que “(...) La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan (...)”.

En base a lo expuesto, queda claro que la responsabilidad que tiene *Facebook* es solidaria, pudiéndose elegir accionar contra la red social la reparación de los daños, pues la ley le otorga la posibilidad de repetir posteriormente hacia el usuario que generó el daño.

e. Eximente de responsabilidad

El artículo 40 LDC indica que el proveedor se exime de responsabilidad si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena.

Ahora bien, ¿puede resultarle ajeno a *Facebook* el daño que ocasiona su usuario?

Para responder al interrogante, debemos remitirnos a las Políticas de Datos estipuladas por *Facebook* donde la empresa declara que tiene conocimiento de cuándo se crean y comparten contenidos; cuándo se envían mensajes o se comunican entre usuarios; puede establecer la ubicación de una foto o la fecha de creación de un archivo; y además recopila información sobre personas, páginas, cuentas, *hashtags* y grupos con los que el usuario se conecta e interactúa.

También tiene acceso al tipo de contenido que el usuario ve o con los que interactúa, las funciones que utiliza, las acciones que se lleva a cabo, la hora, frecuencia, duración de las actividades, entre otras.

Recopila además información de las computadoras, teléfonos, televisores y otros dispositivos conectados a la *web* que usan y que se integran con los productos ofrecidos por *Facebook* –que son muchos-.

Tiene acceso a la ubicación del usuario a través del GPS, la cámara y las fotos; a información como el nombre del operador de telefonía celular o proveedor de internet, el idioma, la zona horaria, el número de teléfono celular, la dirección IP y la velocidad de la conexión.

Todo ello da cuenta que la red social tiene un control absoluto de todo lo que sus usuarios realizan en la plataforma digital y hasta de las acciones que realiza fuera de la misma por la utilización de los productos que forman parte de *Facebook*.

En consecuencia, consideramos que si bien el daño lo genera el usuario ésta circunstancia no exime de responsabilidad a *Facebook*, ya que al mismo no le es ajena la actividad que el usuario desarrolla dentro de su plataforma digital.

f. Técnicas de prevención

Las técnicas de prevención no exoneran de responsabilidad conforme el artículo 1757 CCyC al indicar “No son eximentes [...] el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

La red social en las condiciones del servicio punto 1 párrafo 5 indica:

Combatimos las conductas perjudiciales y protegemos y apoyamos a nuestra comunidad: [...] Contamos con un equipo especializado en todo el mundo y desarrollamos sistemas técnicos avanzados para detectar si nuestros Productos se usan de forma inapropiada, si alguien muestra una conducta perjudicial para los demás y si surgen situaciones en las que podamos contribuir para ayudar o proteger a nuestra comunidad. Si tenemos constancia de contenido o conducta de este tipo, aplicaremos las medidas correspondientes, tales como ofrecer ayuda, eliminar contenido, bloquear el

acceso a ciertas funciones, inhabilitar una cuenta o ponernos en contacto con las autoridades policiales.

En ese orden de ideas, el párrafo 6 manifiesta que utiliza y desarrolla tecnologías avanzadas para ofrecer:

Servicios seguros y funcionales a todo el mundo: usamos y desarrollamos tecnologías avanzadas, tales como inteligencia artificial, sistemas de aprendizaje automático [...]. Asimismo desarrollamos sistemas automatizados destinados a mejorar nuestra capacidad de detectar y eliminar actividades abusivas o peligrosas que pueden perjudicar a nuestra comunidad y dañar la integridad de nuestros productos.

Entonces, siendo *Facebook* un proveedor de servicios, y el cual manifiesta que pone en funcionamiento técnicas de prevención, reconoce implícitamente que pesa sobre él una obligación de seguridad, la cual, no es otra que evitar la producción de daños a los usuarios como a terceros

Por lo tanto, lo manifestado por la red social no alcanza para eximirlo de responsabilidades por el servicio que ofrece.

8. La pretendida exoneración de responsabilidad

En las condiciones del servicio punto 4.3 *Facebook* declara:

Límites de responsabilidad. Los productos se proporcionan tal como están y no se garantiza que siempre sean seguros” y continúa expresando que “no controlamos ni dirigimos lo que las personas u otros hacen o dicen, ni somos responsables por sus acciones o conductas ni por el contenido que comparten, incluido contenido ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable.

Según surge del artículo 1743 CCyC son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas.

En consecuencia, la limitación establecida por *Facebook* no resulta válida toda vez que las normas del derecho de consumo se constituyen en normas de orden público y por lo tanto se prohíbe que las partes puedan disponer de ellas.

Esto nos lleva a considerar a ésta cláusula como abusiva, en los términos del artículo 1119 CCyC por tener como objeto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor

Todo lo cual, nos lleva a la única conclusión posible que es, tenerla por no escrita conforme la sanción que prevé el artículo 988 CCyC.

9. Competencia de los jueces argentinos

Palacio (2003) nos enseña que la competencia consiste en la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones en relación a determinados asuntos durante una etapa del procedimiento (p. 192).

De las condiciones de servicio, se desprende que en caso de cualquier tipo de reclamación que se presente contra *Facebook* la misma deberá ser resuelta de forma exclusiva en el Tribunal de Distrito de los Estado Unidos del distrito Norte de California o en un Tribunal ubicado en el Condado de San Mateo.

La justicia ha indicado que no puede colocarse al consumidor o usuario en una posición desfavorable respecto del proveedor del servicio, obligándolo a litigar en una jurisdicción extraña a su domicilio, en tanto esto constituiría una restricción a los derechos del consumidor y una ampliación de los derechos del proveedor (C.A.CyC de Mar del Plata, Sala II. Spektor Verónica y otro c/Rincón Club de los Andes s/daños y perjuicios. 06/12/2017).

Por otra parte, se estaría afectando el principio de gratuidad en el acceso a la justicia establecido en el artículo 53 LDC al imponer al consumidor la carga económica de un eventual litigio alejado de la jurisdicción de su domicilio.

Es así que el artículo 1109 CCyC indica que en los contratos celebrados por medios electrónicos las cláusulas que prorrogan la jurisdicción se deben tener por no escrita y el artículo 2654 CCyC otorga al consumidor la posibilidad de seleccionar ante qué juez interponer la demanda.

Asimismo señala respecto a las empresas extranjeras que en caso de conflicto puede intervenir el juez del Estado donde se tenga sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial.

En este punto, es dable señalar que *Facebook* ha constituido en la República Argentina, una sociedad de responsabilidad limitada B.O. de fecha 14-10-2011 “Facebook Argentina S.R.L.”.

Ahora bien ¿resulta suficiente la sucursal establecida por *Facebook* en nuestro país para ser citada en juicio?

Para responder al interrogante, debemos dar cuenta del artículo 65 de la Resolución IGJ N° 7/2015 B.O. 31-07-2015 al indicar que:

Cuando la denominación incluya las expresiones “de Argentina”, “Argentina” u otras que puedan expresar o sugerir su dependencia económica o jurídica respecto de entidades constituidas en el extranjero, se requerirá la acreditación de la efectiva existencia de las mismas y su conformidad con el uso de la denominación adoptada por la sociedad local.

La constitución de la sociedad fue aprobada por la Inspección General de Justicia, actuando como órgano ordenado a ejercer el poder de policía en la fiscalización de las sociedades, cumpliendo de esta manera un rol trascendental en la vida económica y social del país.

Así, la ratio de la regulación del régimen de las sociedades extranjeras al permitir que su emplazamiento se realice en la persona del apoderado o representante -según cuál sea su actuación en el país-, ha sido la de efectivizar la citación en juicio de las sociedades extranjeras que de cualquier forma ejercen el comercio en la Argentina y de esa forma evitar elusiones o dilaciones formales o procesales basadas

en la dificultad práctica y mayores costos de notificar a la sociedad extranjera fuera del país (CNACyC, Sala II “L.E.R. c/Facebook inc y otros s/incumplimiento de contrato, sentencia de 08-07-2015).

Desde esta atalaya, resulta indiscutible la competencia de los jueces argentinos para entender en conflictos que se suscitan con la red social, como así también se proceda a las notificaciones extrajudiciales como judiciales, en la sucursal establecida en nuestro país.

Finalmente, postulamos que el fuero que debe intervenir es el Civil y Comercial Federal, ello por: a) tratarse de una relación que es alcanzada por las normas del derecho consumeril y b) porque la relación se desenvuelve dentro de internet y el mismo constituye un medio de interrelación global que permite acciones de naturaleza interjurisdiccional conforme lo ha establecido la jurisprudencia (CNACCF. Sala III. A. J, c. Facebook Argentina SRL s. Medida Autosatisfactiva. 14-06-2018).

10. Conclusiones

En base a todo lo expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

El contrato de adhesión se presenta como la figura contractual que mejor se condice con la suscripción que realiza el usuario a la red social *Facebook*.

La relación jurídica que se establece entre el usuario y la plataforma digital es de consumo, resultando indisponible la aplicación de las normas que protegen los derechos del consumidor y usuario conforme los artículos 65 LDC y 12 CCyC.

En base al régimen tuitivo, la responsabilidad que se le puede endilgar a la red social por los daños que sus usuarios generen sobre todo en derechos personalísimos, es objetiva.

En cuanto a la competencia, resultan competentes los jueces argentinos para entender en los conflictos que se susciten y por otra parte, las notificaciones dirigidas a la sucursal que posee *Facebook* en nuestro país resultan válidas tanto para una

citación en juicio como para una interpelación extrajudicial.

Finalmente, hasta tanto se dicte una Ley Nacional que regule expresamente la responsabilidad de las redes sociales, las normas protectorias del derecho de consumo, resultan ser las que mejor protegen los derechos de los usuarios en la relación existente con las mismas.

11. Bibliografía y fuentes de información

11.1 Bibliografía

Agustinoy Guillayn, A., y Monclús Ruiz, J. (2016). *Aspectos legales de las redes sociales*. Madrid: Bosch.

Altamark, D., y Molina Quiroga, E. (2012). *Tratado de derecho informático* (tomo III). Buenos Aires: La Ley.

Alterini, A. (1981). *Derecho Privado* (2da. Ed). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Calvo Costa, C., y Sáenz, L. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños*. Hammurabi: Buenos Aires.

Castelló Martínez, A. (2013). *Estrategias empresariales en la web 2.0. Las redes sociales online*. Alicante: Ecu.

Feldstein de Cárdenas, S. (2013). La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de la jurisprudencia francesa: Sebastien Robert c. Societe Facebook Inc. *ArsBonieyaequi*, 9(1), 249-289.

Gherzi, C. (2017). El derecho del consumo. La obligación de seguridad. La reparación de daños. *El Derecho*, 271-411. Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar>.

Gherzi, C., y Weingarten, C. (2009). *Ley de defensa del consumidor*. La Ley: Buenos Aires.

Granero, H. (10 de diciembre de 2014). La pretendida insustanciación de la responsabilidad objetiva. *El Dial online*. Cita online DC1E50. Recuperado de <http://www.eldial.com>

Gregorini Clusellas, E. (2003). Proyección del contrato en el Siglo XXI. *La Ley*. Cita online AR/DOC/11365/2003. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Laudon, K. (2010). *E-commerce*. México: Pearson Educación.

Llorens, L., Rajmil, L., y Torrens, M. (2015). Artículos 27 a 61. En E. Clusellas (coord). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo I. pp. 181-255). Buenos Aires: Astrea.

López, G., y Ciuffoli, C. (2012). *Facebook es el mensaje. Oralidad, escritura y después*. La Crujía: Buenos Aires.

Lorenzetti, R. (2008). *Consumidores*. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe.

Lorenzetti, R. (2009). *Consumidores* (2da. Edición). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Lovece, G. (2019). El anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Noción del proveedor. *La Ley*. Cita online AR/DOC/592/2019. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

Mejía Llano, C. (2019). *Estadística de redes sociales 2019: Usuarios de Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp y otros*. Recuperado de <http://www.juancmejia.com/marketing-digital/estadisticas-de-redes-sociales-usuarios-de-facebook-instagram-linkedin-twitter-whatsapp-y-otros-infografia/>

Moreno Molina, M. (2014). *El gran libro del community manager: técnicas y herramientas para sacarle partido las redes sociales y triunfar en social media*. España: Gestión 2000.

Müller, G. (8 de noviembre de 2012). La responsabilidad de las redes sociales en internet. *La Ley*. Cita online AR/DOC/4692/2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

Palacio, L. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Picasso, S. (2 de junio de 2008). La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema. *La Ley*. Cita online AR/DOC/1466/2008. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

Picasso, S. (julio 2015). Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común. *La Ley*. Cita online AR/DOC/2127/2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Pizarro, R., y Vallespinos, C. (2017). *Tratado de responsabilidad civil* (Tomo I). Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

Pizarro, R. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.

R. Porto, comunicación personal, 17 de mayo de 2019.

Rivera, J. (2015). Artículos 957 a 996. En J. Rivera, y G. Medina (dir). *Código Civil y Comercial de la Nación comentad* (Tomo III, pp. 399-482). Buenos Aires: La Ley.

Shina, F. (03-07-2018). Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial. *Diario DPI. Diario de Consumidores y usuarios*, 165. Recuperado de <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/07/Shina-CONSUMIDOR-3.7.pdf>

Shina, F. (26 de febrero de 2019). La información de los proveedores vs. Las expectativas de los consumidores. El optimismo de los consumidores y la obstinación de los legisladores. El derecho en los tiempos del contrato no leído. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Cita online. DACF190052. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>

Sobrino, W. (27 de marzo de 2019). La categoría “consumidor”. *La Ley*. Cita online AR/DOC/590/2019. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Sobrino, W. (3 de marzo de 2019). ¿Existe el contrato de consumo? *La Ley*. Cita online AR/DOC/460/2019. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Soengas, X., Vivar, H., y Abuín, N. (Junio/Septiembre, 2015). Nuevas estrategias de publicidad y marketing para una sociedad hiperconectada. *Telos*, 101, 116-125.

Stiglitz, R. (2015). Artículos 984 a 993. En R. Lorenzetti (dir). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo V, pp. 637-684). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Stiglitz, R. (2015). Artículos 984 a 989. En G. Caramelo, S. Picasso, y M. Herrera *Código Civil y Comercial Comentado* (Tomo III, pp. 375-392). CABA: Infojus.

Tomeo, F. (14 de mayo de 2010). Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil. *La Ley*. Cita online AR/DOC/3469/2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Tomeo, F. (2014). *Redes sociales y tecnologías 2.0*. Buenos Aires: Astrea.

Vaninetti, H. (2016). Perfiles falsos en redes sociales. Identidad digital. *La Ley*. Cita online AR/DOC/3194/2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

11.2 Fuentes de información

11.2.1 Legislación

Expediente 8542-D-2016. Recuperado de <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>

Ley 24.240. Defensa del Consumidor. Recuperada de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=638>

Ley 26.944. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperada de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>

Ley 340. Código Civil. Recuperada de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=109481>

Ley 26.361. Defensa del Consumidor. Recuperada de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=139252>

Ley 24.430. Constitución Nacional. Recuperada de
http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=112

11.2.2 Fallos

C.A.CyC de Mar del Plata, Sala II, “Spektor Verónica y otro c/Rincón Club de los Andes s/daños y perjuicios”, 06/12/2017. Recuperado de
<http://www.laleyonline.com.ar>

CACyT CABA, Sala I, “AOL Argentina S.R.L. c/ GCBA s/otras causas con trámite directa ante la Cámara de Apelaciones”, sentencia del 29-12-2005. Voto Dr. Centenaro. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

CACyC, Mar del Plata, “B.J.E. c/Facebook Argentina S.R.L. y otros s/reclamo contra actos de particulares”, sentencia del 17-07-2015. Recuperado de
<http://www.laleyonline.com.ar>

CNAC, “Mazza, Valeria c/ Google Inc y otros/ds y ps”, sentencia de 11-07-2018, Voto Dr. Víctor Liberman. Recuperado de <http://www.eldial.com>

CNAC, Sala L “Carrozo Evangelina c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, s. daños y perjuicios”, sentencia del 10-12-2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

CNACC, Sala, B “M.E.C. c/AUTOMILENIO S.A. s/Ordinario”, sentencia del 22-11-2018. Recuperado de www.elderecho.com.ar

CNACCF. Sala III, “A. J, c. Facebook Argentina SRL s. Medida Autosatisfactiva”, sentencia del 14-06-2018. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

CNACyC, Sala II “L.E.R. c/Facebook inc y otros s/incumplimiento de contrato”, sentencia de 08-07-2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

CSJN, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, sentencia del 06-03-2007. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

CSJN, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, sentencia del 06-03-2007. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Juz.CyCF N° 1, “Lamuedra Ernesto Ricardo c. Facebook Inc. y otros s. incumplimiento de contrato. Considerando 13”, sentencia del 15-03-2016, expt. 4913/2013. Recuperado de <http://www.pjn.com.ar>

SCBA, “Crédito para todos 24 S.A. c. Estanga, Pablo Marcelo s. cobro ejecutivo”,
sentencia del 03-09-2014. Recuperado de [http:
juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx](http://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx)