

Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado venezolano

Claudia MADRID MARTÍNEZ*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 203-239.

SUMARIO

Introducción: el origen del mundo 1. Redes sociales 2. Naturaleza jurídica de la relación que nace para el uso de una red social 2.1. Contrato celebrado por medios electrónicos 2.2. Contrato de adhesión y cláusulas abusivas 2.3. Contrato de servicios ¿y la onerosidad? 2.4. Profesionalidad del prestador del servicio y limitaciones a su responsabilidad 2.5. ¿Contrato de consumo? 3. Internacionalidad de la relación con la red social 3.1. Jurisdicción 3.2. Derecho aplicable Consideración final

Introducción: el origen del mundo

En 2011, el profesor de escuela Frédéric Durand-Baïssas, ciudadano francés domiciliado en París posteó, en su cuenta de Facebook, el enlace a un artículo que contaba la historia de la obra *L'Origine du monde* (1866) de Gustave COUBERT, y mostraba una imagen en miniatura de la misma, la cual representa un primer plano de un sexo femenino. En la actualidad, la obra se exhibe en el Museo de

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado; Doctora en Ciencias Mención «Derecho»; Profesora Titular. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesora Titular. **Universidad de Colonia**, *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la (2012-2014). **Universidad Autónoma Latinoamericana**, Profesora; Parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

Orsay y es considerada parte del patrimonio cultural de Francia. Facebook, empresa con sede en California, suspendió la cuenta de Durand-Baïssas por haber infringido los términos y condiciones de uso de la red social. El profesor decidió demandar a Facebook por censura y, fundamentándose en la libertad de expresión, pidió al tribunal le ordenase la restitución de su cuenta y una indemnización que valoró en 20 000 euros.

Recién en febrero de 2018 se produjo una primera decisión sobre el fondo de la disputa, que fue cuestionada por algunos, por haber eludido el tema de la censura. Así, en decisión de 15 de marzo de 2018, el Tribunal de grande instance de París dio la razón a Facebook, quien alegaba que la cuenta de Durand-Baïssas había sido suspendida, no por la publicación de la obra de COUBERT, sino por el uso de un pseudónimo, lo cual estaba prohibido en los términos y condiciones de uso de la red social. La coincidencia temporal entre la publicación de la historia de la obra y la suspensión de la cuenta no fue considerada por el tribunal, tampoco el hecho de que el pseudónimo fuera usado por Durand-Baïssas desde un par de años atrás. El Tribunal determinó que Durand-Baïssas no había logrado probar cierto vínculo entre la suspensión y la publicación del trabajo de COUBERT¹.

En todo caso, la razón de la tardanza para una decisión de fondo fue que durante años se estuvo discutiendo el tema de la jurisdicción de los tribunales franceses para conocer de la causa. En efecto, los abogados de Facebook alegaron la falta de jurisdicción del tribunal francés debido a la cláusula de elección de foro contenida en los términos y condiciones de uso de Facebook –aceptada por todos los usuarios de esta red social–, y que contenía, para ese momento, una cláusula de sumisión a los tribunales de Santa Clara, California, Estados Unidos de América.

El 5 de marzo de 2015, el Tribunal de grande instance de París afirmó la jurisdicción de los tribunales franceses debido al carácter abusivo de la cláusula elección

¹ BARRAUD, Boris: «*¿L'Origine du monde de Courbet a-t-elle été censurée par le réseau social?*». En: *La Revue Européenne des Médias et du Numérique*. N.ºs 46-47. París, 2018, pp. 15 y ss., especialmente pp. 16 y 17.

de foro, por lo que la consideró como no escrita². Para determinar la aplicabilidad de las normas sobre cláusulas abusivas, el Tribunal comenzó por calificar al contrato que se suscribe con Facebook como un contrato de consumo.

En opinión del Tribunal, la actividad principal de Facebook es proporcionar un servicio de red social en Internet a usuarios ubicados en todo el mundo. Un servicio que, si bien es gratuito para el usuario –principal argumento de Facebook para no considerar su contrato como de consumo–, le proporciona grandes ganancias a Facebook, gracias a la operación de su negocio, incluidas las aplicaciones de pago, la publicidad y otros recursos. Por tal razón, en opinión del tribunal, su estatus de profesional no puede ser seriamente cuestionado. Por otro lado, la apertura de la cuenta por parte de Durand-Baïssas no tiene vínculo directo con su actividad profesional. Tampoco se puede negar –continúa el Tribunal– que el contrato es «de adhesión» en la medida en que el usuario no tiene capacidad para negociar cláusulas contractuales y su única opción es aceptar o rechazar el contrato. Esta decisión fue confirmada por la Court d'Appel de Paris³.

Tales decisiones de los tribunales franceses plantean algunos problemas fundamentales para el Derecho Internacional Privado, que pasan necesariamente por el análisis de la relación que establecemos con las empresas que administran redes sociales para poder acceder a ellas. Se trata de relaciones establecidas entre empresas con un considerable poder económico y usuarios de todas las edades, condiciones socioeconómicas y localizaciones geográficas, generalmente carentes de regulación especial, por lo que –para homenajear la obra del profesor James Otis RODNER S.– nos hemos propuesto analizarlas, considerando la perspectiva del usuario y la protección de la que deba ser objeto en el Derecho Internacional Privado venezolano.

² Tribunal de grande instance de Paris, 4ème chambre, 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état del 05-05-15 (Frédéric X. vs. Facebook Inc.), <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-4eme-chambre-2eme-section-ordonnance-du-juge-de-la-mise-en-etat-du-5-mars-2015/>.

³ Cour d'Appel de Paris, Pôle 2, Chambre 2, sent. del 12-02-16 (Frédéric X. vs. Facebook Inc.), <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-2-chambre-2-arret-du-12-fevrier-2016/>.

1. Redes sociales

El concepto de red social no es para nada novedoso. En efecto, es generalmente reconocido⁴ que su origen se ubica en 1929 en la obra de Frigyes KARINTHY y su teoría de los seis grados de separación⁵, luego seguida y perfeccionada por Duncan WATTS⁶.

Pero es sin duda con la aparición de Internet, y particularmente de la *Web* 2.0, cuando cobra un mayor auge el concepto de red social, tanto, que los seis grados de separación –esa idea según la cual solo necesitamos de cinco intermediarios para conectarnos con cualquier otra persona en el planeta– se ha ido estrechando y se afirma que Facebook y Twitter manejan medias de separación de 3,57 y 3,43 grados respectivamente entre sus usuarios⁷.

Si bien la llamada *Web* 1.0 permitió la masificación y comercialización de Internet, la *Web* 2.0 da un paso más allá y permite al destinatario de la información

⁴ Ver, por ejemplo: BARRIUSO RUIZ, Carlos: «Las redes sociales y la protección de datos hoy». En: *Anuario Facultad de Derecho*. N.º 2. Universidad de Alcalá. Madrid, 2009, pp. 301 y ss., especialmente p. 302.

⁵ «*We should select any person from the 1.5 billion inhabitants of the Earth - anyone, anywhere at all. He bet us that, using no more than five individuals, one of whom is a personal acquaintance, he could contact the selected individual using nothing except the network of personal acquaintances*», KARINTHY, Frigyes: «*Chain-Links*», Trad. A. Makkai, en: <https://djjr-courses.wdfiles.com/local--files/soc180:karinthy-chain-links/Karinthy-Chain-Links1929.pdf>. Sin mencionar el trabajo de KARINTHY, en 1967, el psicólogo norteamericano Stanley MILGRAM llevó a cabo el célebre experimento del mundo pequeño, «... consistente en el envío de 60 cartas a reclutas de Wichita, en Kansas, diciendo que la reenviasen a una mujer de Cambridge, en Massachusetts. La forma de reenvío debería ser pasándosela a la persona que ellos creyesen más cercana a la destinataria, ya fuese por conocidos directos o indirectos –un amigo de un amigo–. Los resultados del experimento fueron desastrosos, seguramente por la escasa muestra sobre la que observar resultados estadísticamente relevantes, y el caso es que este experimento no disfrutó de mucha aceptación», <https://www.xatakaciencia.com/sabias-que/la-teoria-del-pequeno-mundo>.

⁶ WATTS, Duncan J.: *Six Degrees: The Science of a Connected Age*. Random House. Londres, 2003.

⁷ <https://www.yorokobu.es/6-grados-de-separacion-en-facebook/>.

participar también en su generación. «Con la aparición de la *Web 2.0* el usuario se convierte en intérprete y apoderado de sus propios contenidos, ya que los crea él mismo, los publica y los modifica a su antojo. La *Web 2.0* trae consigo la incautación de las tecnologías por parte de los usuarios a través de las prácticas sociales consensuadas»⁸. Es justamente en este ambiente donde se han desarrollado blogs, wikis, *podcasts*, foros, comunidades de contenido, microblogging y, desde luego, las redes sociales, como manifestaciones de los llamados «*social media*», en cuyo ambiente los consumidores de contenido, comienzan también a producirlo⁹.

Tomando las palabras de GIL ANTÓN, las redes sociales son «... aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes con base en criterios comunes y permitiendo la conexión de unos usuarios con otros y su interacción»¹⁰.

La primera década del siglo XXI ve nacer las redes sociales más importantes, todas con el objetivo de comunicar a las personas, pero con finalidades diversas: en mayo del 2003 se lanza LinkedIn, una red profesional que permite el contacto con colegas e informarse y buscar nuevas oportunidades de empleo; en febrero del 2004 aparece Facebook, la red social de comunicación por excelencia; Twitter, en marzo del 2007, permitiendo tener mejor y más rápido acceso a la información y en octubre del 2010 aparece Instagram, por mencionar solo algunas de las más masivas.

A la pregunta: ¿cómo funciona una red social?, MAYFIELD responde:

⁸ GALLEGO TRIJUEQUE, Sara: *Redes sociales digitales: información, comunicación y sociedad en el siglo XXI (2000-2010)*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral. Madrid, 2016, <https://eprints.ucm.es/44233/1/T39077.pdf>, p. 139.

⁹ MAYFIELD, Antony: «*What is social media?*», 2008, https://www.icrossing.com/uk/sites/default/files_uk/insight_pdf_files/What%20is%20Social%20Media_iCrossing_ebook.pdf.

¹⁰ GIL ANTÓN, Ana María: «El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales». En: *Revista de Derecho UNED*. N.º 10. Madrid, 2012, pp. 209 y ss., especialmente pp. 219 y 220.

Social networks on the web are like contained versions of the sprawling blog network. People joining a social network usually create a profile and then build a network by connecting to friends and contacts in the network, or by inviting real-world contacts and friends to join the social network. These communities retain the interest of their members by being useful to them and providing services that are entertaining or help them to expand their networks¹¹.

Es necesario, entonces, crear un perfil, y su creación requiere aceptar los términos y condiciones de uso propuestos por la propia red, de manera que se configura una relación entre esta y su usuario. Una relación que tiene connotaciones jurídicas importantes, una relación que suele ser de carácter contractual y tener elementos internacionalizadores debido al alcance mundial de gran parte de las redes sociales. A esta relación jurídica, a la determinación de su naturaleza y elementos dedicaremos las siguientes líneas.

2. Naturaleza jurídica de la relación que nace para el uso de una red social

2.1. Contrato celebrado por medios electrónicos

Tal como hemos adelantado, la participación en una red social depende de la aceptación de unos términos y condiciones de uso ofrecidos por la red en cuestión. Por ejemplo, en la cláusula 1.1 de las Condiciones de uso de LinkedIn¹² puede leerse: «Al hacer clic en “Únete ahora”, “Únete a LinkedIn”, “Regístrate” u otro enlace similar, al registrarte, acceder o utilizar nuestros Servicios –descritos a continuación–, aceptas suscribir un contrato vinculante desde el punto de vista jurídico con LinkedIn –incluso si estás utilizando nuestros Servicios en nombre de una empresa–».

Así, hay una oferta por parte de la red social y una aceptación por parte del usuario, aceptación que depende de un *click*. Por tal razón, se hace referencia a contratos *click-wrap*. «*Users who click their mouse on the small box*

¹¹ MAYFIELD: ob. cit.

¹² <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement#introduction>.

marked “I agree” or “Click here if you agree”, agree to the terms and are allowed to proceed. This is why they are called “Click-wrap” contracts»¹³. Se trata por esta misma razón, de un contrato de adhesión celebrado a través de medios electrónicos.

Consideremos –y así lo hemos admitido en ocasiones anteriores, siguiendo a algunos autores venezolanos– que no se trata de una nueva modalidad contractual. Se trata, sencillamente, de una forma diferente de expresar la voluntad¹⁴, válida de conformidad con el Derecho venezolano. En efecto, aunque el artículo 15 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas¹⁵ –«En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos»– parece sugerir la necesidad de un acuerdo previo entre las partes para que la manifestación de voluntad a través de un medio electrónico sea válida, el principio de equivalencia funcional¹⁶, reconocido por el artículo 4 de la misma Ley¹⁷, nos

¹³ OYARZÁBAL, Mario: «*International electronic contracts. A note on Argentine choice of law rules*». En: *The University of Miami Inter-American Law Review*. Vol. 35, N.º 3. Miami, 2004, pp. 499 y ss., especialmente p. 512.

¹⁴ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «La internacionalización del consumo: el comercio electrónico y la realidad venezolana». En: *Derecho y Tecnología*. N.º 12. UCAT. San Cristóbal, 2011, pp. 7 y ss., especialmente p. 11. En tal sentido se ha pronunciado RODNER S., James Otis: «El negocio jurídico electrónico en Venezuela». En: *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2001, pp. 17 y ss., especialmente pp. 25 y 26. También RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. 2.ª, Legis. Caracas, 2005, p. 153, ha expresado que dese el punto de vista jurídico, la venta por Internet pertenece a la categoría de las ventas a distancia, sin la presencia física simultánea de las partes.

¹⁵ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 148, del 28-02-01.

¹⁶ Este principio fue expresamente reconocido por primera vez en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996. Así, en virtud del artículo 5 de este instrumento, «No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos». Ver texto en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453SEbook.pdf>.

¹⁷ «Artículo 4.- Los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas

lleva a una conclusión contraria. La doctrina, con alguna excepción¹⁸, también ha sido clara en aceptar que existe una especie de acuerdo tácito para obligarse por medio de mensajes de datos. Así lo afirma MORLES HERNÁNDEZ, en cuya opinión, «A la parte que invoque la nulidad del convenio por la ausencia de acuerdo expreso previo podrá oponerse la prohibición de *venire contra factum proprium*»¹⁹.

2.2. Contrato de adhesión y cláusulas abusivas

Lo que sí hace especial a este contrato y tiene gran influencia en su régimen, tanto desde la perspectiva del Derecho material como desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, es el hecho de tratarse de un contrato de adhesión.

Bien, en la actualidad, la única disposición que califica un contrato como de adhesión en el ordenamiento jurídico venezolano es el artículo 2 de las Normas relativas a la protección de los usuarios y usuarias del servicio financiero²⁰. Esta norma entiende que los contratos de adhesión «Son los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidos unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modi-

libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas».

¹⁸ Ver: GUIDÓN GUERRERO, Víctor: «Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 11. Caracas, 2018, pp. 293 y ss., especialmente p. 309, «... parecería que el legislador al redactar la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, haber tenido en cuenta únicamente aquellos contratos electrónicos que son precedidos de otro contrato en el cual la persona se compromete a aceptar determinadas condiciones que servirían de base para una eventual realización de contratos mercantiles sobre productos o servicios; dicho de otra manera, mediante este acuerdo el suscriptor se compromete a actuar de determinada forma, en el caso de que en el futuro decida contratar con ese proveedor».

¹⁹ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho concursal*. T. IV. UCAB. Caracas, 2006, p. 2235.

²⁰ Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, Resolución N.º 063.15, del 12-06-15, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 809, del 14-12-15.

ficar sustancialmente su contenido al momento de contratar». En el caso particular de las redes sociales, las condiciones son impuestas por la propia red, sin que deban ser previamente aprobadas por autoridad estatal alguna.

En todo caso, se trata de contratos no bilateralmente negociados en los cuales, vista la libertad del predisponente, es frecuente la presencia de las llamadas «cláusulas abusivas» en relación con la posición jurídica del aceptante quien, como se afirmó, se limita a aceptar o no aceptar el contenido contractual predispuesto. Tales cláusulas son «... disposiciones contractuales perjudiciales, excesivas, injustas, impropias o indebidas, impuestas por una parte a la otra»²¹. Por tal razón, los diversos ordenamientos jurídicos han establecido ciertas protecciones frente a las mismas que implican, bien su consideración como «no escritas», bien su nulidad²². Las cláusulas que obligan al aceptante a ir a arbitraje o a litigar fuera de su domicilio, aquellas que permiten la modificación o terminación unilateral del contrato por parte del proponente y las exoneratorias o limitativas de responsabilidad, entre otras, suelen contarse entre estas cláusulas consideradas como abusivas. A algunas de estas volveremos más adelante.

2.3. *Contrato de servicios ¿y la onerosidad?*

El contrato que se suscribe para el uso de la red social puede además calificarse como un contrato de servicios. En anteriores trabajos hemos entendido que el servicio es una actividad profesional –obligación de hacer– prestada

²¹ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: «Cláusulas abusivas». En: *Código Civil venezolano en los inicios del Siglo XXI*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 257 y ss., especialmente p. 258.

²² En Venezuela, con la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 358, del 01-02-10), instrumento que al regular el sistema de protección a los consumidores establecía la nulidad de las cláusulas consideradas como abusivas, solo sobrevive una protección genérica en el artículo 7.10 de la Ley Orgánica de Precios Justos (*Gaceta Oficial* N.º 40 787, del 12-11-15), norma que reconoce como un derecho de los consumidores la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses. Además, en materia de servicios financieros han de considerarse los artículos 20 y 25 de las citadas Normas relativas a la protección de los usuarios y usuarias del servicio financiero.

de manera independiente, por personas naturales o jurídicas, sean estas de carácter público o privado, que no tenga por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes muebles, el traslado o cesión de derechos reales o intelectuales, sino que más bien genere principalmente derechos de crédito, y realizada a título oneroso²³.

En efecto, la empresa que maneja la red social desarrolla una actividad vinculada a la propia naturaleza de esta: «dar a la gente el poder de crear comunidades y unir más al mundo» en el caso de Facebook²⁴; «proporcionar a todos los usuarios la capacidad de crear y compartir ideas e información al instante, sin ningún tipo de obstáculos» en el caso de Twitter²⁵; y «conectar a profesionales de todo el mundo para ayudarles a ser más productivos y a alcanzar sus metas laborales» en el caso de LinkedIn²⁶, por mencionar algunos ejemplos.

Sin embargo, el tema de la onerosidad que caracteriza el servicio presenta algunas particularidades²⁷, en relación con las redes sociales. Este elemento está presente, aunque no de manera imperativa, en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre del 2006 relativa

²³ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, p. 39.

²⁴ <https://www.facebook.com/legal/terms>.

²⁵ <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-services-and-corporate-affiliates>.

²⁶ <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement#introduction>.

²⁷ Recordemos que en el Derecho romano, la *merces* o retribución aparece como un elemento esencial a la existencia del contrato de *locatio conductio*, pues «si no se ha fijado una renta cierta no se considera que se haya contraído arrendamiento» (*Instituciones* de GAYO, 3, 142). Los romanistas, ante la ausencia de una definición concreta de este contrato en el propio Derecho romano, han estimado que se trata de un contrato a través del cual una de las partes se obliga a prestar los servicios prometidos a cambio de una *merces* o remuneración, a la cual se obliga la otra parte, véase: PETIT, Eugene: *Tratado elemental de Derecho romano*. Editorial Albatros. Trad. y anotaciones J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. Buenos Aires, 1980, pp. 504 y 505; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Curso de Derecho romano (Derecho de Obligaciones)*. UCV. Caracas, 1964, p. 485.

a los servicios en el mercado interior²⁸, cuyo artículo 4.1 califica como servicio «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración».

También en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva sobre la Responsabilidad del Prestador de Servicios²⁹, descarta el carácter esencial de este elemento, al disponer que el servicio es «cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, de forma independiente, a título oneroso o no, que no tenga por objeto directo y exclusivo la producción de bienes o la transferencia de derechos reales o de propiedad intelectual».

Por su parte, el artículo IV.C.-1:101(1) del Marco Común de Referencia³⁰ dispone que la regulación de los servicios contenida en tal instrumento se aplicará «*a. to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and b. with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price*».

Según ha entendido la doctrina³¹, la admisión de contratos de servicios gratuitos –tal como lo refiere el inciso b. de la norma citada, al incluir en su ámbito de aplicación los servicios prestados a un cliente sin que medie un precio– lleva a concluir que el elemento de onerosidad no es esencial al contrato de servicios y tal concepción obedece a que la lógica económica ha privado sobre la lógica jurídica. En efecto, la remuneración es esencial

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0123&from=ES>.

²⁹ El primer proyecto se aprobó en Bruselas el 08-11-89 (Doc. SER-8-11:XI/403/89), fue luego reformado en 1990 y 1991; mas, ante las frecuentes críticas, la Comisión decidió retirarlo (Comunicación de la Comisión COM [94] 260 final, 23-06-94). A finales de 2006, la Propuesta de Directiva fue nuevamente discutida, sin éxito, por el Parlamento Europeo.

³⁰ <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/200902DCFROutlineEdition.pdf>.

³¹ DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*. Reus. Madrid, 2011, pp. 22 y 23.

al concepto de servicio, siempre que no deban aplicarse preferentemente las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas, tal como lo dispone el artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³².

En Venezuela, la única definición de servicios se encuentra en la Ley de Impuesto al Valor Agregado³³, cuyo artículo 4.4 dispone que servicio es «cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer». Aunque no hay referencia expresa al tema de la onerosidad, la doctrina ha entendido que ha de tratarse de la actividad de «todo aquel que se dedique a hacer algo para los demás y cobre un precio a cambio de ello»³⁴.

No obstante, en el caso de las redes sociales hemos de tener en consideración que, si bien el usuario no desembolsa una remuneración, autoriza el manejo de sus datos, cuyo valor es innegable en la sociedad actual, pero además, la red social obtiene beneficios económicos de la prestación de su servicio, derivados de la publicidad, de la venta de aplicaciones, entre otros. Así lo reconoció el Tribunal de la grande instance de París en el ya comentado caso *Frédéric X. vs. Facebook Inc.*, al afirmar que «*Si le service proposé est gratuit pour l'utilisateur, la société Facebook Inc. retire des bénéfices importants de l'exploitation de son activité, via notamment les applications payantes, les ressources publicitaires et autres*». Por tal razón, del contrato de prestación de servicios por parte de la red social, si bien no se puede calificar como sinalagmático en relación con el usuario, tampoco puede afirmarse que sea esencialmente gratuito.

En el caso de LinkedIn, por ejemplo, los usuarios del servicio gratuito no tienen acceso a ciertas funciones de esta red profesional, por los cuales hay que pagar.

³² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>.

³³ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6396 extraordinario, del 22-08-18.

³⁴ GARAY, Juan y GARAY Miren: *Ley del IVA del año 2006*. Ediciones Juan Garay. Caracas, 2006, p. 57.

Se trata de los llamados «servicios *premium*», cuyo acceso también implica la aceptación de condiciones adicionales a las del servicio gratuito³⁵.

2.4. *Profesionalidad del prestador del servicio y limitaciones a su responsabilidad*

Otro elemento que suele estar presente en el contrato que se celebra para tener acceso a las redes sociales, es el carácter profesional del prestador del servicio. Profesional entendido como toda persona que, en virtud de un título de idoneidad, se dedica a servir una profesión al público, como sucede con médicos, abogados, peluqueros, arquitectos, mecánicos, bancos, seguros, etc. El título de idoneidad, más que a un título formal, hace referencia a los conocimientos especiales que ha de tener una persona para poder prestar un servicio³⁶. Se trata, en este caso, de conocimiento en el manejo de las redes.

Es importante destacar que el carácter profesional del prestador del servicio en general tiene una gran influencia en el nivel de diligencia que se le exige y en el régimen de su responsabilidad. En efecto, tratándose de un profesional, su actuación ha de ceñirse a la llamada *Lex artis*, una regla de valoración o medición de la conducta, que funciona sobre la base de criterios objetivos de naturaleza técnica y cuyo contenido se establece en función del acto concreto de la actividad profesional cuya diligencia se trata de calibrar, así como las demás circunstancias personales y de lugar y tiempo en que el *facere* haya de llevarse a cabo³⁷.

Al respecto, las redes ofrecen servicios seguros, afirmando el cumplimiento de estándares en materia de tratamiento de información y protección de datos. En el acuerdo de Facebook, por ejemplo, puede leerse: «Usamos y desarrollamos tecnologías avanzadas, como inteligencia artificial, sistemas de aprendizaje automático y realidad aumentada, para que las personas puedan usar nuestros

³⁵ <https://www.linkedin.com/legal/pop/terms-for-paid-services>.

³⁶ Ver: CERVILLA GARZÓN, María D.: *La prestación de servicios profesionales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, p. 25. Es profesional, entonces, quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos. MOSSET ITURRASPE, Jorge: «Los profesionales». En: *Revista de Derecho de Daños*. N.º 8. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2000, pp. 3 y ss., especialmente p. 7.

³⁷ En este sentido: CERVILLA GARZÓN: ob. cit., pp. 132-135.

Productos de manera segura, independientemente de su capacidad física o la región geográfica donde se encuentren».

Al lado de estas promesas de respeto a altos estándares de calidad y diligencia, en los términos y condiciones de uso de las diversas redes, suelen incluirse cláusulas que restringen la responsabilidad del prestador del servicio³⁸ al máximo permitido por el Derecho del lugar de residencia del usuario o por el Derecho que rige la relación. No obstante, recordemos que, tal como afirmamos *supra*, las cláusulas de responsabilidad suelen figurar en el catálogo de cláusulas abusivas, por lo que, tratándose de un contrato internacional, su validez dependerá del Derecho aplicable al contrato.

En efecto, la Directiva 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³⁹, por ejemplo, califica en su anexo como abusivas «Cláusulas que tengan por objeto o por efecto (...) a. excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional».

Aunque limitado a la materia bancaria, en Venezuela el artículo 20 de las Normas de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario sobre

³⁸ Se trata de cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, disposiciones contractuales a través de las cuales se facilita el establecimiento de la indemnización debida –*liquidated damages* en los sistemas del *Common Law*– o se establece un medio de disuasión contra la inejecución –*penalties* en el *Common Law*, cláusulas penales en nuestro sistema. Ver: FONTAINE, Marcel: «*Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques*». En: *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*. Vol. III, N.ºs 2-3. Oxford, 1998, pp. 405 y ss., especialmente p. 412.

³⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML>. Este instrumento fue modificado por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=ES>. Sin embargo, esta modificación no ha afectado este punto específico.

protección de usuarios del servicio financiero prohíbe a los bancos incluir en sus contratos, cláusulas que puedan vulnerar los derechos de sus usuarios, por lo que se consideran como cláusulas abusivas, entre otras, aquellas que excluyen total o parcialmente la responsabilidad de las instituciones bancarias por los daños derivados de sus acciones u omisiones.

Así, aunque las partes son libres en la estipulación de estas cláusulas, su funcionamiento no puede, bajo ninguna circunstancia, depender exclusivamente de la sola voluntad de una de las partes, tal como ocurriría cuando a través de ellas se le permitiese incumplir intencionalmente el contrato. De tal postulado se deriva la nulidad de las cláusulas que contengan un intento de exonerar al deudor que incumple con dolo⁴⁰ y así se ha aceptado en Derecho comparado. Veamos ahora algunos casos concretos.

En los términos y condiciones de uso de Twitter se establece que al aceptar el uso de esta red social, el usuario también acepta «... que la responsabilidad de Twitter, así como de sus empresas matriz, filiales, sociedades relacionadas, responsables, directivos, empleados, agentes, representantes, socios y licenciatarios, estará limitada a la máxima medida permitida en su país de residencia».

En el caso de Facebook, luego de reafirmar su esfuerzo por «... proporcionar los mejores productos posibles y definir pautas claras para todos aquellos que los usen», reconocen no poder «... predecir cuándo puede surgir un problema con nuestros productos. En consecuencia, nuestra responsabilidad se limitará al máximo alcance que la ley aplicable permita, y bajo ninguna circunstancia seremos responsables ante ti por la pérdida de ganancias, ingresos o información, ni por daños consecuentes, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas condiciones o los productos de Facebook, o en relación con ellos, incluso si se nos advirtió sobre la posibilidad de que ocurran dichos daños».

⁴⁰ MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 4.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, pp. 549-551.

A diferencia de los casos de Twitter y Facebook, LinkedIn declara no hacerse responsable por «ningún daño indirecto, inherente, especial, consecuente o punitivo, o por la pérdida de datos, de oportunidades, de reputación o de beneficios o ingresos relacionados con los servicios –como declaraciones ofensivas o difamatorias, tiempo perdido, uso o cambios en tu información o contenido–», para luego limitar su responsabilidad a cantidades específicas, sin remisión a ordenamiento jurídico alguno.

En efecto, en sus condiciones de uso se establece que la responsabilidad de LinkedIn «... no superará en ningún caso, una vez sumadas todas las reivindicaciones, la cantidad que sea inferior de a. cinco veces la cuota mensual o anual más reciente que hayas pagado por un servicio *premium*, si corresponde, o b. 1000 USD». Esta limitación es aplicable a todas las reclamaciones de responsabilidad, incluso en los casos en que «estas soluciones no subsanen su finalidad esencial». Finalmente, la propia cláusula admite que «Algunas leyes no permiten la limitación o exclusión de responsabilidad, por lo que estas limitaciones podrían no aplicarse en tu caso».

2.5. ¿Contrato de consumo?

«... *il n'est pas établi, ni même allégué que l'ouverture de son compte aurait un lien direct avec l'activité professionnelle de Monsieur Frédéric X*». Es esta la afirmación que hace el Tribunal de la grande instance de París para determinar que el contrato con Facebook es un contrato sometido a las normas de protección al consumidor, en particular, las normas sobre cláusulas abusivas. El Tribunal considera el criterio de la no profesionalidad para calificar al consumidor, que es el dominante en el Derecho europeo, pero no lo aplica, pues se basa más en la ausencia de alegatos y pruebas al respecto, que en una valoración de las circunstancias concretas.

En el caso de Venezuela, no existe una norma que determine lo que ha de entenderse por consumidor. Lamentablemente, con la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, también se derogó el concepto que había estado presente en el sistema venezolano y que había girado tradicionalmente en torno al concepto de destino

final y admitiendo la calificación como consumidor de las personas jurídicas, con lo cual se reconocía la vulnerabilidad de las pequeñas empresas frente a los grandes proveedores de bienes y servicios⁴¹.

El silencio actual de la legislación venezolana no sugiere un cambio en esta concepción, pues la jurisprudencia parece seguir apegada al criterio del destino final y a la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor. Así, sin entrar en un análisis exhaustivo y sin el auxilio de la doctrina que poco o nada ha dicho al respecto, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, hagan uso de expresiones como «destinatario final» o «consumidor final» para referirse a los consumidores y no se ha excluido expresamente a los entes morales⁴².

Bien, para considerar al usuario de la red social como consumidor, es necesario, en el caso del sistema venezolano, entender que estamos frente a un destinatario final y tal calificación depende del caso concreto, pues las redes pueden usarse para fines diferentes del simple contacto social y la obtención y producción de información. Es lo que ocurre, por ejemplo, con LinkedIn, cuya función fundamental tiene que ver, justamente, con el aspecto profesional de sus usuarios.

Lo que sí es importante considerar es que, aunque el usuario de la red pueda ser calificado como consumidor de información, lo es en la misma medida en que la produce, por lo que respecto de él suele usarse la expresión «prosumidor». Esta expresión aparece por primera vez en la obra de TOFFLER⁴³ para referirse al consumidor que, a pesar de estar envuelto en una economía

⁴¹ La Ley derogada calificaba como consumidor –aunque se refería genéricamente a «personas» que acceden a bienes y servicios–, en su artículo 4, a «Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final».

⁴² Ver, entre las decisiones más recientes: TSJ/SPA, sents. N.ºs 69, del 11-02-15; 706, del 17-06-15 y 707, 17-06- 15.

⁴³ «*During the First Wave most people consumed what they themselves produced. They were neither producers nor consumers in the usual sense. They were instead what might be called “prosumers”*», TOFFLER, Alvin: *The third wave*. Willaim Morrow and Company. Nueva York, 1980, p. 283.

de producción en masa, recibe productos personalizados y les agrega algún valor, involucrándose en el diseño y manufactura de los mismos.

En el caso de las redes sociales ha de reconocerse que estas, junto con los blogs, wikis, canales audiovisuales como YouTube y Vimeo, portales de fotografías como Flickr, plataformas educativas como las aulas o campus virtuales, «... integran una gran parte de ese universo de la participación del usuario como productor y consumidor. Supone un enfoque diferente de comprender los mercados, de dar y recibir. Las redes sociales, en particular, contribuyen a hacer del prosumidor un usuario mucho más activo, que aprovecha el medio para generar opinión o recomendar un sinnúmero de actividades»⁴⁴.

Esta figura es entonces propia de las redes sociales, pues, tal como afirma GIL ANTÓN, «Las redes sociales *on line* son hoy un ejemplo más de la *Web 2.0* o de la denominada *Web* colaborativa, en la que Internet deja de ser un foco de información, para convertirse en un espacio virtual retroalimentado en el que los usuarios consumen, pero también aportan múltiple información»⁴⁵.

Lo que sí hay, definitivamente, en buena parte de los casos, es vulnerabilidad de parte del usuario frente a la red social. Tengamos en cuenta que –tal como hemos afirmado en otras ocasiones⁴⁶– esa condición de debilidad puede derivar del poder económico de la otra parte contractual, o del conocimiento que esta tiene sobre el bien o servicio comercializado o, de su conocimiento jurídico. Incluso en casos en que las partes tienen un poder económico similar, la información que posee el prestador de servicios desequilibra de alguna manera

⁴⁴ SÁNCHEZ-CARRERO, Jacqueline y CONTRERAS-PULIDO, Paloma: «De cara al prosumidor: producción y consumo empoderando a la ciudadanía 3.0». En: *Icono14 Revista Científica de Comunicación y Tecnologías Emergentes*. Vol. 10, N.º 3. Madrid, 2012, pp. 62 y ss., especialmente p. 67.

⁴⁵ GIL ANTÓN: ob. cit., p. 219.

⁴⁶ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor». En: *Contratos internacionales*. ASADIP-Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. D. FERNÁNDEZ ARROYO y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, directores. Buenos Aires, 2016, pp. 437 y ss., especialmente p. 441.

la relación y la convierte, a pesar de tratarse de una relación aparentemente paritaria o B2B –*Business to Business*–, en una relación asimétrica, con un débil jurídico que también podría necesitar protección, a pesar de no ser propiamente un consumidor.

En definitiva, la calificación de la relación con una red social como una relación de consumo, depende del caso concreto. Quien usa una página de Facebook o de Instagram para vender productos no es propiamente un consumidor, pero puede ser considerado vulnerable frente a Facebook –empresa que posee Instagram– debido al tema económico por una parte y al conocimiento de esta empresa sobre el funcionamiento de las redes y de la información que a través de ellas se comparte. De manera que, incluso en esos casos, el usuario requiere la protección del sistema jurídico.

Justamente, a esta disyuntiva se enfrentó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*⁴⁷. En sentencia dictada el 18 de enero de 2018, el Tribunal decidió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austriaco en relación con la definición de consumidor contenida en el artículo 15.1 del entonces vigente Reglamento (CE) N.º 44/2001 del Consejo, del 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁸, hoy Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre del 2012, sobre la misma materia⁴⁹, cuyo artículo 17.1 contiene la referida calificación de consumidor.

El caso es que Schrems, domiciliado en Austria, tenía desde 2008 una cuenta de uso personal con Facebook y, desde 2011, una página con la misma red

⁴⁷ Asunto C-498/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0498&from=EN>. Ver: CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia M.: «La noción de “consumidor” en Internet: El asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 11, N.º 1. Madrid, 2019, pp. 711 y ss., <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4642>.

⁴⁸ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20081204:ES:PDF>.

⁴⁹ <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>.

social, que estaba dedicada a difundir actividades relacionadas a su lucha contra Facebook Ireland, pues Schrems consideraba que la red social había vulnerado normas relativas a la protección de datos⁵⁰. Por tal razón, decidió demandar a Facebook Ireland por «... pretensiones de declaración, cesación, información, rendición de cuentas y pago de la suma de 4000 euros en relación con las cuentas privadas de Facebook tanto del Sr. Schrems como de siete personas más que le cedieron sus derechos respecto de tales cuentas».

Ahora bien, Schrems decidió demandar en Austria, lugar de su domicilio, en atención al artículo 16.1 del Reglamento 44/2001, norma de conformidad con la cual «La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte». Esta disposición, con algún cambio irrelevante para este caso, se repite en el artículo 18.1 del Reglamento 2015/2012. Facebook impugnó la jurisdicción del Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien y este se consideró incompetente negando a Schrems la calificación de consumidor, pues el tribunal entendió que la red social era usada para fines profesionales y que los terceros cedentes no podían ceder a Schrems su foro como consumidores.

En segunda instancia, el Oberlandesgericht Wien distinguió entre la condición de Schrems como consumidor que, por tanto podía acudir ante los tribunales de su domicilio y su condición como cesionario, caso en el cual no podría invocar el foro de los consumidores cedentes. El asunto llegó a conocimiento del Oberster Gerichtshof, órgano que decidió elevar dos consultas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La primera relativa a la condición de consumidor de Schrems, a los fines de determinar la jurisdicción; y la segunda, vinculada a la posibilidad de recurrir al foro de los consumidores cedentes.

⁵⁰ Conviene mencionar que ya Schrems había cuestionado ante los tribunales la legalidad de las transferencias de datos a Estados Unidos bajo el sistema establecido por el *Safe Harbor Agreement*, obteniendo en 2015 una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ver al respecto: PUERTO, María Isabel y SFERRAZZA-TAIBI, Pietro: «La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional». En: *Revista Derecho del Estado*. N.º 40. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018, pp. 209 y ss., <https://doi.org/10.18601/01229893.n40.09>.

En relación con la calificación de consumidor, el Tribunal aclaró que su competencia no alcanzaba para determinar si la página y la cuenta de Facebook dependen de un solo contrato o si se trata de dos relaciones contractuales diferentes, pues tal cuestión compete al tribunal austriaco. Sin embargo, entiende que una vinculación entre ambas relaciones no prejuzga sobre la condición de consumidor de Schrems.

La condición de consumidor, tal como está concebida en el Reglamento analizado, «... debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». Así, «... solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional».

Así, incluso en el caso de un contrato relacionado con la actividad profesional de la parte, podría considerarse la existencia de una relación de consumo si «... el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, solo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato». En efecto, añade el propio Tribunal, el concepto de consumidor se define por oposición al de operador económico y es por ello independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de estos, con lo cual, tales circunstancias no le privan de la condición de consumidor en el sentido del Reglamento. Tal circunstancia se verifica,

incluso en el caso de personas que ejercen la defensa de otros consumidores, pues tal actividad tampoco contradice su carácter de consumidor.

Por tales circunstancias, el Tribunal concluyó que Schrems no perdió su condición de consumidor en su relación con Facebook, cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios *web*, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales.

En relación con la segunda consulta, el Tribunal estimó que la «... transmisión de créditos no puede, en sí misma, tener incidencia sobre la determinación del tribunal competente...». Por tal razón, la competencia de tribunales distintos de los enumerados de manera explícita por el Reglamento no puede establecerse mediante la concentración de varios derechos en manos de un único demandante. Así, una cesión de derechos no puede fundamentar un nuevo fuero específico en favor del consumidor cesionario.

Finalmente, hemos de reconocer que hay un factor que, siendo natural a las relaciones que se desarrollan en el mundo virtual, contribuye de alguna manera a la debilidad del usuario de la red social. Nos referimos a la internacionalidad de la relación.

3. Internacionalidad de la relación con la red social

Como se sabe, estar frente a una relación de carácter internacional, incluso ignorando totalmente tal condición, ubica a las personas en una situación de por sí complicada: el desconocimiento sobre la autoridad competente en caso de plantearse algún problema; la posibilidad de tener que ajustar la conducta a un ordenamiento jurídico distinto del propio y, en la gran mayoría de los casos, totalmente desconocido.

Incluso puede ocurrir que se desconozca totalmente el idioma en el cual se desarrolla la relación, lo cual genera no pocos problemas de interpretación⁵¹.

⁵¹ Ver: HOWELLS, Geraint, MARTEN, Bavan y WURMNEST, Wolfgang: «*Language of information, contract, and communication*». En: *The common European Sales Law*

Aunque las redes ofrezcan, actualmente, sus términos y condiciones en el idioma del usuario, es fácil identificar los problemas de traducción que, más allá de facilitar las cosas, vienen a complicar aún más el tema de la interpretación del contrato. Por tal razón, aunque se disponga de varias traducciones, las condiciones de uso de LinkedIn, por ejemplo, reconocen «En la medida en que lo permita la ley, la versión en inglés de este Contrato es vinculante, mientras que las traducciones se ofrecen por motivos de comodidad únicamente».

Ahora bien, el alcance mundial de las redes sociales hace prácticamente innecesaria la discusión sobre la calificación de la internacionalidad de las relaciones que se tejen entre la red y sus usuarios. En efecto, sea que tomemos en cuenta el principal criterio de calificación presente en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado —la presencia de elementos de extranjería⁵²—, sea que nos preguntemos por la posibilidad de que se plantee un conflicto de leyes —tal como se concibe en el sistema europeo⁵³—,

in context. Interactios with English and German Law. Oxford University Press. G. DANNEMANN y S. VOGENAUER, editores. Oxford, 2013, pp. 190 y ss.

⁵² Así lo acepta la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 511, del 06-08-98) al establecer, en su artículo 1, que su ámbito de aplicación estará limitado a los «... supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros...». La Ley no califica el tipo de contactos que la relación pueda tener con sistemas foráneos, por lo que hemos entendido que cualquier elemento de extranjería presente en la misma, hace que esta sea considerada como internacional, MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La norma de Derecho Internacional Privado*. UCV. Caracas, 2004, p. 22. La jurisprudencia venezolana también ha aceptado este criterio, de manera que el sistema de Derecho Internacional Privado deberá activarse ante la presencia de elementos de extranjería: TSJ/SPA, sents. N.ºs 627, del 23-03-00; 1363, del 13-06-00; 2872, del 29-11-01; 586, del 22-04-03; 4541, del 22-06-05; 5980, del 19-10-05; 2699, del 29-11-06; 158, del 01-02-06 y 567, del 02-03-06.

⁵³ Así se ha entendido a partir del Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio del 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=ES>, cuyo artículo 1.1 dispone que el mismo se aplicará «... en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes». Tal expresión supone la necesidad de elementos de extranjería (GIULIANO, Mario y LAGARDE, Paul: «Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales». En: *DOCE C 327*, del 11-12-92, pp. 1 y ss., especialmente p. 10), sin que se requieran circunstancias especiales para considerar las conexiones del contrato con

la respuesta será siempre positiva a favor de la internacionalidad de la relación.

Incluso si recurrimos al criterio económico⁵⁴ habremos de llegar a similar conclusión, pues, aunque no se trate de una relación onerosa frente al usuario y no se produzca un flujo de capitales a través de las fronteras, no puede negarse la influencia de una empresa como Facebook, por ejemplo, en la dinámica del comercio internacional. En efecto, para julio de 2018, a pesar de la caída que sufrió al conocerse el caso de Cambridge Analytica y de perder aproximadamente tres millones de usuarios europeos debido a las nuevas políticas de privacidad implementadas en la Unión Europea, el valor de Facebook seguía superando los 500 mil millones de dólares⁵⁵.

diferentes ordenamientos jurídicos (MARTINY, Dieter: «VO (EG) 593/2008, Art. 1 Anwendungsbereich». En: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5.^a, C.H. Beck. Múnich, 2010, Rn 15). De manera prácticamente idéntica lo hace el Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en su artículo 1.1 al referirse a «... obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes», <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:ES:PDF>.

⁵⁴ A partir del caso *Pélissier du Besset* decidido por la Cour de Cassation en 1927, se entendió que una relación, en particular un contrato, es internacional cuando se produce «... *un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières*» y consecuencias recíprocas en dichos países (Cass. Civ., 17-05-27, DP, 1928, 1, 25, nota de CAPITANT). Esta tesis fue consagrada por el Código de Procedimiento Civil francés, cuyo artículo 1492 dispone que es internacional el arbitraje que «... *met en cause des intérêts du commerce international*». Además fue considerada durante las discusiones de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, mas se prefirió el criterio jurídico del lugar en que se dicte el laudo, dejando en libertad a los Estados para aplicar la Convención a aquellos laudos que «no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución». En Venezuela, el criterio económico fue aceptado por la CSJ/SPA, sent. del 09-10-97 (Ver texto y comentario en: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, 1998, pp. 141 y ss.).

⁵⁵ <http://mouse.latercera.com/facebook-valoracion-caida/>.

Así las cosas, es necesario tener en consideración el sistema de Derecho Internacional Privado, pues antes de cualquier solución de fondo del posible problema planteado es necesario determinar cuáles son las autoridades competentes para conocer de este y cuál Derecho habrán de aplicar. De hecho, en el caso de las redes sociales, según analizaremos de seguidas, el problema va más allá y tiene que ver con la validez de las cláusulas que establecen, en contratos de adhesión –según antes se afirmó–, los tribunales antes los cuales podrá litigarse y el Derecho que estos habrán de aplicar. Veamos.

3.1. *Jurisdicción*

Tratándose de relaciones contractuales es común, en los diversos sistemas, la aceptación de la facultad de las partes de elegir las autoridades ante las cuales desean ventilar sus controversias. Así, de conformidad con el Reglamento 1215/2012, las partes podrán someterse voluntariamente a los tribunales de un Estado parte distinto de aquel en el que tienen su domicilio (artículo 25.1). Según reconoce la propia norma, la sumisión podrá ser hecha por escrito o verbalmente con confirmación escrita, lo cual incluye toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. Además, las partes podrán acordarla conforme a las prácticas que hayan establecido entre ellas (artículo 25.1.b) o conforme a los usos que conozcan o deban conocer, siempre que estos «... sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado» (artículo 25.1.c).

El párrafo 5 del propio artículo 25 consagra el principio de separabilidad del acuerdo, al reconocer que el acuerdo de elección de foro que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo, con lo cual su validez no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato. Se trata del reconocimiento de la llamada autonomía o separabilidad de la cláusula, lo cual comporta, al menos tres consecuencias⁵⁶. La primera es la posibilidad de someter esta cláusula

⁵⁶ Seguimos en este punto a VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*. Civitas. Madrid, 2000, p. 200.

a un ordenamiento distinto del que rige el contrato que la contiene. Ello explicaría la inclusión de una cláusula de sumisión válida en un contrato nulo. La segunda consecuencia es la atribución de competencia al tribunal elegido para determinar la validez de la cláusula y con ello su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*). Y la tercera es la posibilidad atribuida a las partes de solicitar, por vía principal, un pronunciamiento sobre la validez de la cláusula de elección de foro.

En el caso del Derecho Internacional Privado venezolano, la Ley de Derecho Internacional Privado en su artículo 40.4 admite que en las acciones de contenido patrimonial –las acciones contractuales entre ellas– las partes pueden someterse expresa o tácitamente a los tribunales venezolanos y tal criterio es reconocido como el idóneo para los contratos internacionales⁵⁷.

Así, la doctrina venezolana ha admitido que la elección del foro, acompañada de la elección del Derecho aplicable al contrato, brinda a las partes la nada despreciable ventaja de conocer la extensión de sus derechos y obligaciones y prever el resultado de una posible disputa⁵⁸. Por ello, las partes son libres para precisar el ámbito de su cláusula de elección del foro, pudiendo estipular una cláusula de jurisdicción exclusiva, o prefiriendo fórmulas opcionales, mediante la indicación alternativa o múltiple de foros. Podrían, en el marco de la Ley venezolana, incluso elegir un foro que no presente conexión alguna con la relación de que se trate⁵⁹.

Tal sumisión podrá ser expresa o tácita. Se entiende expresa cuando es hecha por escrito (artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado) y se ha

⁵⁷ «... las cláusulas de elección de foro constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocida por el legislador como criterio atributivo de jurisdicción, pues a través de ellas las partes en un contrato pueden determinar directamente el Estado a cuya jurisdicción desean someter las controversias que puedan surgir con ocasión a éste», TSJ/SC, sent. N.º 682, del 30-03-06. En el mismo sentido: TSJ/SPA, sent. N.º 5980, citada *supra* y TSJ/SPA, sent. N.º 6073, del 02-11-05.

⁵⁸ En sentido similar: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Trabajo de Incorporación. Caracas, 2007, p. 49.

⁵⁹ DOS SANTOS, Olga: *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*. UCV-Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2000, pp. 155 y 156.

entendido que tal expresión incluye, de conformidad con el principio de equivalencia funcional, el intercambio de mensaje de datos. Tal criterio ha sido admitido por el máximo tribunal en materia de acuerdos arbitrales. Así, en una decisión de la Sala Político Administrativa se declaró la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos por la existencia de un acuerdo arbitral contenido en un intercambio de correos electrónicos entre las partes, intercambio del cual «... se aprecia el acuerdo alcanzado por los contratantes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1159 del Código Civil, para someter las controversias que pudiesen surgir a la decisión de un tribunal arbitral...»⁶⁰. No vemos obstáculo para admitir este razonamiento en materia de cláusulas de elección de foro⁶¹.

El criterio de la sumisión, sin embargo, está pensado para relaciones paritarias, pues en las relaciones desequilibradas o no bilateralmente negociadas, en las que una parte –la fuerte– impone sus condiciones a la otra –la débil– sin que esta tenga posibilidad alguna de participar en la elaboración del contenido contractual, el mismo pierde su razón de ser, pudiendo llegar a vulnerar el principio de tutela judicial efectiva. Por tal razón, los sistemas jurídicos implementan mecanismos de protección que, en algunos casos, sin llegar a excluir totalmente el juego de la autonomía de la voluntad, garantizan al débil jurídico la posibilidad de hacer valer sus derechos ante una autoridad competente.

Así, en el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento 1215/2012 establece criterios especiales para las relaciones con consumidores (artículo 18), privilegiando sin duda la posibilidad de acudir ante los tribunales del domicilio

⁶⁰ TSJ/SPA, sent. N.º 1300, del 07-10-14.

⁶¹ «... cabe advertir a esta altura que formalismo no es antónimo de electrónico. Por ende, la exigencia formal de escritura puede ser sustituida por una formalidad electrónica, pues, aunque prediquemos la libertad de prueba, ello no significa ausencia de prueba. Por ello, existen diversas soluciones posibles para morigerar, adaptar la exigencia escrita en el ámbito cibernético». Ver: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: «La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de Internet. A propósito de un nuevo caso de la jurisprudencia francesa *Frédéric X. vs. Facebook Inc.*». En: *Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial*. N.º 10. Buenos Aires, 2015, <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idsitio=1&idarticulo=77216#indice7>.

del consumidor, pero también admite la procedencia de cláusulas de elección de foro, aunque de manera limitada, lo cual –en opinión de LIMA MARQUES– constituye una ventaja comparativa, pues el consumidor europeo preferirá el bien comercializado o el servicio prestado en su propio Estado o en la Unión Europea, de manera de poder litigar de forma accesible y hacer efectivos sus derechos materiales de consumidor europeo⁶².

Efectivamente, el artículo 19 del Reglamento establece que «Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1. posteriores al nacimiento del litigio; 2. que permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección, o 3. que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohíba tales acuerdos».

La admisión del acuerdo una vez surgida la controversia, y no antes, se debe a que al momento de la celebración del contrato, el consumidor no tiene ningún poder. Mientras que al momento en que surge la controversia, el consumidor cuenta al menos con el derecho a presentar la demanda ante los tribunales de su propio Estado y, precisamente por ello, la prohibición de la sumisión, que en principio busca protegerlo, puede resultar perjudicial para un consumidor que considere más conveniente para sus intereses, llegar a un acuerdo con el proveedor, para plantear la controversia ante un juez que, en principio, carece de jurisdicción⁶³.

En el caso venezolano, no hay criterios especiales para las relaciones desequilibradas en general, ni para los contratos de consumo en particular, por lo que

⁶² LIMA MARQUES, Cláudia: «*O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior*». En: *DeCita*. N.º 4. Florianópolis, 2005, pp. 261 y ss., especialmente pp. 285 y 286.

⁶³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego *et al.*: «Modalidades contractuales específicas». En: *Derecho Internacional Privado de los Estados de MERCOSUR*. Zavalia. Buenos Aires, 2003, pp. 1027 y ss., especialmente p. 1032.

tales relaciones quedan expuestas a los criterios generales, la sumisión entre ellos. En tales casos, el vulnerable solo cuenta con la protección que le brinda la figura de la inderogabilidad convencional de la jurisdicción, cuyo objetivo fundamental es limitar la expresión procesal de la voluntad de las partes y su efecto derogatorio de la jurisdicción venezolana, y a partir de la cual podríamos construir una especie de foro de protección para el consumidor⁶⁴. Tengamos en cuenta que, en los casos de inderogabilidad, el efecto derogatorio de la sumisión no se produce debido al expreso mandato del legislador.

En Venezuela, el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone: «La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos (...) que afecten principios esenciales del orden público venezolano». De tal manera, el efecto derogatorio de la elección de las partes de un foro extranjero se vería limitado, entre otras causas, por razones de orden público. Si una de las partes decide litigar ante los tribunales venezolanos, siempre que estos tengan jurisdicción, cualquier acuerdo que la misma haya firmado, incluso sin vicio alguno en su consentimiento, no producirá efectos excluyentes en relación con ellos.

Así, si la controversia se plantea ante un tribunal venezolano y este entiende que se encuentra ante un supuesto en el cual, vistas las características del caso concreto, el acuerdo de elección de un tribunal extranjero alegado para excepcionar el ejercicio de la jurisdicción venezolana afecta los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, el tribunal deberá descartar tal acuerdo y asumir la jurisdicción. Pensemos en el usuario de una red social que no tiene recursos para responder de un proceso planteado en el extranjero y frente al cual, la negativa de la jurisdicción venezolana resultaría

⁶⁴ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. (*La responsabilidad civil...*), pp. 246-252; también de la misma autora: «Relaciones de las empresas con sus clientes. Las relaciones de consumo». En: *La empresa y sus negocios de carácter internacional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. C. MADRID MARTÍNEZ, editora. Caracas, 2011, pp. 139 y ss., especialmente pp. 151-159.

en una denegación de justicia y, por ello, en la violación de los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva⁶⁵.

Además de este caso de inderogabilidad convencional de la jurisdicción, la autonomía se ve severamente restringida frente a los contratos de adhesión. Así, nuestro máximo tribunal ha afirmado que visto en el contrato de adhesión «... queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes...», limitando la posibilidad de uno de los contratantes a la aceptación de los términos impuestos por el otro, no puede aceptarse una disposición acerca de la jurisdicción, debido a que ello afecta la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 26 de la Constitución, desarticulando todo el sistema judicial. Si las partes desearan estipular una cláusula de elección de foro, deberán hacerlo de manera independiente. La propia sentencia fundamenta este rechazo en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial⁶⁶, de conformidad con cuya parte final «En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente»⁶⁷.

Otra forma de protección es, justamente, la adoptada por el Tribunal francés en el caso contra Facebook, es decir, el recurso a la noción de cláusulas abusivas. Para el momento de plantearse el problema, la cláusula 15 del acuerdo con Facebook disponía una sumisión exclusiva a los tribunales de Santa Clara, California. Así, el Tribunal, considerando que se trata de un contrato de consumo recurrió al artículo L132-1 del Código de Consumo, norma de conformidad con la cual «*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des*

⁶⁵ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho Internacional Privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios». En: *El Derecho Internacional Privado y sus desafíos en la actualidad*. J. DO AMARAL y L. Klein Vieira, coords. Ibáñez. Bogotá, 2016, pp. 155 y ss., especialmente p. 166.

⁶⁶ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 430, del 07-04-98.

⁶⁷ TSJ/SPA, sent. N.º 1252, del 30-05-00.

parties au contrat» y al artículo R132-2 del mismo Código que presume abusivas las cláusulas que tienen por objeto «... *supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur*».

En el caso concreto, el Tribunal estimó que la cláusula de elección de foro contenida en el artículo 15 de las condiciones generales del contrato obligaba al usuario, en caso de conflicto con la empresa, a acudir a una jurisdicción particularmente distante y a incurrir en costos desproporcionados en relación con la economía de un contrato suscrito por necesidades personales o familiares. Las dificultades prácticas y el costo de acceso a los tribunales de California son tales como para disuadir al consumidor de tomar cualquier acción ante los tribunales en relación con la aplicación del contrato y privarlo de cualquier recurso contra Facebook. Por el contrario, esta última empresa tiene una agencia en Francia y dispone de recursos financieros y humanos que le permiten asegurar, sin dificultad, su representación y su defensa ante la jurisdicción francesa.

El Tribunal continúa afirmando que la cláusula de sumisión a los tribunales de Santa Clara crea, en detrimento del no profesional o consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato y obstaculiza significativamente el ejercicio de una acción en justicia por parte del usuario francés. Por ello califica la cláusula como abusiva y la reputa como no escrita.

En la actualidad, la cláusula de jurisdicción utilizada por Facebook es bastante más flexible. En efecto, luego de declarar que intenta «... imponer reglas claras para poder limitar o, mejor aún, evitar disputas...», las condiciones de uso de Facebook establecen que si el usuario es consumidor –lo cual abona nuestra tesis de que tal calificación depende del caso concreto– este puede presentar su reclamación «... en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción». Si el usuario no tuviere la condición de consumidor, tendrá jurisdicción el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Norte de California o un tribunal estatal ubicado en el Condado de San Mateo.

Así, la imposición de los tribunales de California queda limitada a los casos en los cuales la relación no pueda ser calificada como de consumo. Si tal

fuere el caso, los tribunales del lugar en que el usuario presente su reclamación deberán evaluar, conforme a sus propias normas, si tienen o no jurisdicción para conocer del litigio.

En el caso de LinkedIn, se establece una diferencia en relación con los usuarios residentes en la Unión Europea y Suiza y aquellos que tienen su residencia fuera de estos Estados y de Estados Unidos. En el caso de los primeros, el vínculo se establece con LinkedIn Ireland, por lo que se reconocen como competentes los tribunales de Dublín. Esta situación podría cambiar con la materialización del Brexit. En los demás casos, «... las reclamaciones y disputas se resolverán únicamente en los tribunales estatales o federales del condado de Santa Clara en California, EE.UU...».

Aunque difícilmente la relación con LinkedIn pueda calificarse como de consumo. Si, ante una disputa, el usuario de LinkedIn se viera impedido de asistir a los tribunales de Santa Clara, podría seguirse alegando su condición de debilidad frente a la empresa y la necesidad de protección a pesar de no tratarse de un consumidor. En efecto, tal como afirma ROPPO, «... los consumidores no tienen el monopolio de la necesidad de protección como partes débiles en los contratos con una empresa, sino que esta necesidad también concierne a otros sujetos del mercado —especialmente pequeñas empresas—, que padecen al igual que los consumidores, una asimetría en el poder contractual en sus relaciones con partes contractuales más fuertes»⁶⁸. No dudamos entonces en extender la protección dada al consumidor a aquellos usuarios que sin serlo, padezcan cierta debilidad frente al prestador del servicio⁶⁹.

En el caso de Twitter, hasta los términos y condiciones de uso de enero de 2016⁷⁰ se incluyó una cláusula sobre ley aplicable y jurisdicción competente,

⁶⁸ ROPPO, Vincenzo: «Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo». En: *Revista de Derecho Privado*. N.º 20. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, pp. 117 y ss., especialmente p. 210.

⁶⁹ Ver nuestra opinión al respecto en: MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («Los contratos no bilateralmente...»), *passim*.

⁷⁰ <https://twitter.com/es/tos/previous/version10>.

a través de la cual se declaraba la competencia exclusiva de los tribunales federales o estatales del condado de San Francisco y la renuncia a hacer valer «... cualquier objeción en cuanto a la inconveniencia del foro». Solo se establecía una excepción en relación con los casos en que el usuario fuere una entidad del gobierno federal, estatal o local de los Estados Unidos, legalmente incapaz de aceptar esta y las demás cláusulas del contrato, caso en el cual no se estableció la competencia de tribunal alguno, como si ocurrió, según analizaremos *infra*, con la ley aplicable.

Pero a partir de septiembre del 2016 y en las condiciones vigentes, de mayo del 2018, tal cláusula desaparece. Twitter ahora dispone de un centro de ayuda a través del cual el usuario denuncia el problema específico vinculado al inicio de sesión y cuenta, a las funciones y configuración y a las posibles infracciones y a través del cual procuran resolverse tales problemas, directamente con la empresa⁷¹.

3.2. Derecho aplicable

En materia de Derecho aplicable, la autonomía de la voluntad, esta vez como autonomía conflictual, vuelve a hacer su aparición. En efecto, tanto el Reglamento Roma I, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales⁷² y la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, admiten que las partes son libres para determinar el Derecho aplicable a sus relaciones contractuales.

Como se sabe, estos instrumentos reconocen un amplísimo margen de actuación a las partes en cuanto a la elección del Derecho aplicable, de manera que estas pueden hacer su elección en cualquier momento de la vida del contrato, incluso pueden cambiarla; pueden elegir un Derecho para una parte del contrato;

⁷¹ <https://help.twitter.com/forms>.

⁷² Suscrita durante la CIDIP-V, México 1994, ratificada por Venezuela y publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4974 extraordinario, del 22-09-95. *Vid.* en este número de la *Revista*: GARRIDO RAMOS, Víctor Gregorio: «Sobre la elección del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Del Convenio de Roma (1980) a la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (1998)», pp. 825 y ss. [Nota del editor].

pueden además elegir un Derecho que no tenga vinculación alguna con su relación. Sin embargo, esta amplitud se ve limitada cuando se trata de contratos con consumidores, un poco por reflejo, según admite NEUHAUS, de lo que le ocurre en estos casos a la libertad contractual en el Derecho interno⁷³.

Así, el sistema europeo dispone de una regla especial para los contratos de consumo, que ordena la aplicación el Derecho de la residencia habitual del consumidor, siempre que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en ese lugar, o el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese (artículo 6.1 Reglamento Roma I). Además, se admite que las partes puedan elegir el Derecho aplicable al contrato, pero tal elección «... no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1» (artículo 6.2 Reglamento Roma I).

En el caso venezolano, no hay normas de conflicto especiales para la determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumo, ni en la Convención de México, ni en la ley interna. Por lo que, según hemos afirmado en oportunidades anteriores⁷⁴, el consumidor queda expuesto al régimen general, de manera que le podrán ser opuestas cláusulas de elección del Derecho aplicable y, en su ausencia, el juez deberá determinar el Derecho más vinculado con el contrato (*ex* artículos 9 Convención de México y 30 de la Ley venezolana), para lo cual podrá asumir un criterio teleológico y aplicar el Derecho que brinde mejor protección al consumidor. Además, aunque hemos de reconocer que no es la mejor solución, su vulnerabilidad podrá ser protegida mediante normas internacionalmente imperativas que impliquen el desplazamiento de un ordenamiento jurídico que perjudique sus derechos.

⁷³ NEUHAUS, Paul Heinrich: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*. 2.^a, J.C.B. Mohr. Paul SIEBECK. Tübingen, 1976, pp. 257 y 258.

⁷⁴ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 499 y 500, www.rvlj.com.ve.

Solo hay una norma relativa a los contratos de adhesión en el Código Bustamante⁷⁵, en la que paradójicamente se acepta cierta injerencia de la voluntad de las partes. En efecto, de conformidad con el artículo 185, «... en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara». Esta norma acepta la voluntad presunta, pero –según expone ROMERO– no en su sentido clásico de presunción *hominis*, sino más bien como una presunción *iuris*, limitando la posibilidad de apreciación del juez⁷⁶.

Ahora bien, tal como ocurre con la jurisdicción, es común que en los contratos que se suscriben para el uso de redes sociales, se incluyan cláusulas de elección de Derecho. Facebook, la contiene, pero respetando la posible condición de consumidor del usuario. En efecto, en sus condiciones de uso se dispone que en los casos de relaciones de consumo se aplicará el Derecho del lugar de la residencia habitual del consumidor. En caso contrario, se aplicarán las leyes del estado de California, independientemente de las normas de conflicto. Expresión esta última usada, generalmente, para excluir las complicaciones propias del reenvío y garantizar la aplicación del Derecho efectivamente elegido por las partes.

LinkedIn, por su parte, tal como ocurre con la jurisdicción, en materia de Derecho aplicable distingue entre los usuarios con residencia en la Unión Europea y Suiza y aquellos residenciados en el resto del mundo. En el primer caso se aplican las leyes irlandesas –situación que, repetimos, seguramente va a cambiar con el Brexit–, en el segundo se aplicará la legislación del estado de California.

Hasta 2016 Twitter dispuso una cláusula que admitía la aplicación de las leyes de California o las del Estado de residencia del usuario, con exclusión de sus normas de conflicto. En el caso que el usuario fuere una entidad del

⁷⁵ Suscrito en La Habana-Cuba en 1928 y ratificado por Venezuela y publicado en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 17 698, del 09-04-32.

⁷⁶ ROMERO, Fabiola: «El derecho aplicable al contrato internacional». En: *Liber amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*. T. I. UCV. Caracas, 2001, pp. 203 y ss., especialmente p. 243.

gobierno federal, sin capacidad para aceptar esta cláusula, se aplicarían las leyes de Estados Unidos –con exclusión de sus normas de conflicto– y, en ausencia de ley federal o en la medida permitida conforme a la ley federal, por las leyes del estado de California.

Consideración final

Probablemente, al momento de publicarse estas líneas, ya lo contenido en ellas haya quedado atrás. Los grados de separación seguirán disminuyendo y la complejidad de las relaciones seguirá aumentando. La velocidad de la tecnología es vertiginosa y el Derecho queda cada vez más rezagado.

Es importante tener las reglas claras. No solo para las empresas que ponen en juego sus patrimonios y que han avanzado en su seguridad con el establecimiento de sus propias condiciones de uso. Es fundamental también para los usuarios, que se embarcan en relaciones de carácter internacional sin tener muy claras las consecuencias de ello, y que a veces llegan a tener conocimiento del contenido de las condiciones que aceptaron cuando se plantean los problemas. Por ello no bastan normas protectoras, es necesario que los usuarios tomen consciencia de que su posible debilidad puede verse aumentada por su propia negligencia.

No es lo ideal que el Estado intervenga y limite la actividad desarrollada en las redes sociales –cosa que juzgamos de hecho imposible–. Abogamos más bien porque organicen sus propios sistemas de manera de garantizar una efectiva protección para los usuarios que residen en su territorio, garantizándoles la posibilidad de litigar ante sus tribunales cuando les sea imposible ejercer su derecho a la defensa en el tribunal extranjero elegido, y velando por la aplicación de estándares mínimos de protección a sus derechos, sea en aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero, sea por la actuación de sus principios fundamentales.

* * *

Resumen: La autora aborda el tema de las redes sociales y los usuarios desde el Derecho Internacional Privado. Para tal fin, define lo que se entiende por redes sociales y de seguida describe el tipo de relación jurídica que surge de las mismas, para después comentar su internacionalidad y sus consecuencias en lo tocante a la jurisdicción y el Derecho aplicable. **Palabras clave:** Redes sociales, medios electrónicos, cláusulas abusivas, internacionalidad. Recibido: 14-10-19. Aprobado: 19-12-19.