

**XVI JORNADAS Y
VI INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2020
Corrientes -
Argentina

XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política-UNNE : 2020 Corrientes-Argentina / Mirian Beatriz Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed compendiada. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2020.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-987-619-372-6

1. Comunicación Científica. I. Acosta, Mirian Beatriz. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.115



ISBN N° 978-987-619-372-6

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2020

LA ESTRUCTURA CONTRACTUAL DEL SERVICIO DE RED SOCIAL “FACEBOOK”

Lezcano Saavedra Rafael

rafalezcano@outlook.es

Resumen

La actividad económica que lleva adelante el servicio de red social “Facebook” es parte de la cuarta revolución industrial e involucra cambios en los modos de producción, comercialización y consumo que excede las estructuras contractuales tradicionales y pone en juego derechos fundamentales. El presente trabajo expone los lineamientos que se van a seguir en la investigación de pregrado recientemente aprobada para abordar esta problemática.

Palabras claves: Derecho, Contratos, Facebook

Introducción

Esta comunicación se enmarca en un trabajo de investigación correspondiente a las becas de pregrado de la Facultad de Derecho, Cs. Sociales y Políticas de la UNNE.

Históricamente los modos de producción y comercialización de bienes y servicios fueron reconocidos, regulados y limitados por normas jurídicas y, específicamente, el instrumento jurídico¹ que permitió -y permite- la circulación de esos bienes y servicios es el contrato.

Los modos de producción cambian y cuando lo hacen, el derecho responde con nuevos modos de contratación². Carlos Ghersi divide a la economía en tres etapas, cada una de las cuales dio forma a estructuras contractuales propias.

En la primera etapa, el modo de producción artesanal da lugar a la estructura contractual “paritaria”, caracterizada por la libre negociación entre personas con igualdad jurídica. Con la revolución industrial y la producción en serie nacen los contratos “de adhesión a cláusulas predisuestas”. Las partes ya no negocian libremente los términos del acuerdo, sino que el empresario lo redacta y el consumidor cuenta solamente con la libertad de contratar o no contratar. Con la aceleración de los cambios tecnológicos se acentúa el desequilibrio en la contratación y el derecho reacciona con normas protectorias de los consumidores.

Hoy estamos atravesando una nueva etapa de cambios en los modos de producción, comercialización y consumo. La economía vive una revolución digital basada en un internet cada vez más presente, la inteligencia artificial y el almacenamiento, procesamiento y disposición de datos personales a gran escala. Klaus Schwab, economista y presidente del Foro Económico Mundial, la denomina “la cuarta revolución industrial”³.

Siete de las diez empresas con mayor capitalización bursátil del mundo se dedican a la tecnología, internet o servicios de redes sociales. Esta última actividad es el centro de la investigación que vamos a llevar adelante en el marco del Proyecto Especial de Investigación “Código Civil y Comercial de la Nación y relaciones jurídicas empresariales”.

El objetivo general de la investigación es describir las implicancias jurídicas del contrato de adhesión al servicio de redes sociales “Facebook”. Este servicio tiene aproximadamente dos mil millones de usuarios en todo el mundo y veintinueve millones solo en Argentina. Sin contar que Facebook Inc es propietario de otros tres servicios de redes sociales: Instagram, Whatsapp y Facebook Messenger.

Materiales y método

El estudio consistirá, en un primer momento, en una revisión bibliográfica que avance sobre el conocimiento disponible referido a las estructuras contractuales de los servicios de redes sociales y de almacenamiento y tratamiento de datos a gran escala; sobre el desenvolvimiento de estas actividades comerciales y la posición que ocupan los usuarios de la red social Facebook; y bibliografía sobre derecho de los contratos, derecho empresario, derecho del consumidor y derecho constitucional.

Se realizará un análisis jurisprudencial nacional y del derecho comparado sobre casos referidos a la relación entre usuarios y proveedores de redes sociales; casos que traten sobre el deber de información, publicidad engañosa, prácticas abusivas y sobre la protección de datos personales.

Una de las fuentes a emplear será la normativa vigente: Constitución Nacional y tratados internacionales elevados a la misma jerarquía; Ley 24.240 y sus modificatorias; Código Civil y Comercial de la Nación; Ley 25.326 de Protección de Datos Personales; DNU 274/2019 sobre lealtad comercial; Ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

La bibliografía a utilizar, además de la citada en la presente comunicación, será: Cobo, C. (2019), Acepto las Condiciones: Usos y abusos de las tecnologías digitales. Fundación Santillana; Rusconi, D. (2015), Manual de Derecho del Consumidor. AbeledoPerrot; Becerra, J. (2018) Derecho y big data. Editorial Universidad Católica de Colombia.

La investigación se realizará aplicando los métodos lógico-deductivo y empírico-inductivo.

Resultados y discusión

Facebook se presenta como un servicio que “permite la conexión y la interacción entre las personas, que no cobra a sus usuarios, sino que recibe dinero de los negocios y organizaciones que pagan para mostrar sus anuncios”. Una de sus actividades principales es vender espacio publicitario dentro de su plataforma.

Lo que distingue este espacio publicitario de los espacios tradicionales es la capacidad que tiene esta empresa para direccionar la publicidad a los usuarios que tengan más probabilidades de interesarse en lo que muestra el anuncio. Además de prestar el servicio de red social que permite la interacción entre las personas, Facebook recopila, almacena, analiza y procesa los datos personales que los usuarios depositan en ella, aplicando inteligencia artificial para aprender sobre sus gustos y preferencias y de esta manera mostrar el anuncio que mejor se adapte a cada persona.

De esta forma los datos personales se han convertido en materia prima que las empresas tecnológicas procesan para poner al servicio de la industria publicitaria. También se convirtieron en un bien aceptado como medio de pago: en las condiciones del servicio Facebook estipula que el usuario paga su uso aceptando la muestra de anuncios basados en el análisis de sus datos.

Al realizar esta actividad, las empresas deben hacerlo de acuerdo a los principios y normas que regulan el uso de datos y las que regulan las relaciones de consumo. En 1994, con la incorporación de los “nuevos derechos y garantías”, se constitucionaliza la protección de los usuarios (art. 42 C.N.) y la acción de hábeas data (art. 43 C.N.), que en palabras de Quiroga Lavié “forma parte de la última y nueva edad de las garantías como respuesta o reacción al impacto informático en la sociedad ocurrido a partir de los acelerados avances técnico-científicos y que afectan los derechos más próximos de las personas (...) Se protege la privacidad consagrada en el texto histórico del artículo 19 de la C.N., entendida como el derecho de cada persona a decidir por sí misma en qué medida compartir con los demás los pensamientos, sentimientos y hechos de la vida personal”⁴.

En el 2018 y 2019 Facebook estuvo bajo un escrutinio público mundial cuando salió a la luz el manejo desleal de datos por parte de la consultora de marketing “Cambridge Analytica”. Esta empresa accedió a datos personales de 87 millones de usuarios de la red social para entender el comportamiento de las personas, procesar esos datos y elaborar campañas de publicidad y de propaganda política más potentes.

La Comisión Federal de Comercio⁵ de Estados Unidos investigó el caso y llegó a la conclusión de que Facebook engañó a las personas sobre el uso de sus datos personales. La Comisión aplicó una sanción económica contra la compañía por 5 mil millones de dólares, además de ordenarle una reestructuración en su política de privacidad y nuevos mecanismos para garantizar la responsabilidad de los ejecutivos de la empresa.

A partir de este caso concreto se incrementaron los cuestionamientos sobre la dinámica de la red social en los términos que ella impone y se implementaron algunos cambios, pero la respuesta del derecho que atienda todas las cuestiones que envuelven la actividad todavía se está construyendo.

Conclusión

La estructura contractual que se utiliza en esta actividad económica está conformada por tres grandes contratos de adhesión a cláusulas predispuestas: a) las condiciones de uso; b) la política de datos; y c) la política de cookies. La formación del consentimiento juega un rol determinante para establecer si una intromisión a la intimidad ha sido arbitraria.

En los 12 meses que dura la beca, analizando esa estructura a la luz de la doctrina especializada y de las normas pertinentes, intentaremos responder, entre otros, los siguientes interrogantes: ¿Alcanza con declarar haber leído esas condiciones para considerar perfeccionado el consentimiento? ¿Facebook cumple con el deber de información que tiene a su cargo (art. 42 C.N, art. 4 Ley 24.240, ¿art. 1100 CCyC)? Sus prácticas comerciales, los derechos que adquiere sobre los datos y las cláusulas predispuestas por la empresa, ¿explotan la vulnerabilidad de las personas?

Por último, intentaremos hacer un aporte a la construcción de una respuesta jurídica que sea adecuada a estas nuevas actividades económicas, para cumplir con las dos funciones principales que tiene el derecho sobre la economía: “facilitar la realización de los negocios y fijar límites a las actividades comerciales”⁶ en tutela de la honestidad y buena fe que requieren las relaciones comerciales, de los derechos patrimoniales y personalísimos en juego, y de la sociedad en su conjunto.

Referencias bibliográficas

¹ Mosset Iturraspe, J. (1998), Contratos. Rubinzal – Culzoni

² Gherzi, C.A., Weingarten, C. (directores) (2017), Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo. La Ley

³ Schwab, K. (2016), La cuarta revolución industrial. Debate

⁴ Quiroga Lavié, H., Benedetti M. A., Cenicacelaya M., (2009), Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal-Culzoni

⁵ Federal Trade Commission. (24 de julio de 2019). La FTC impone una multa de \$ 5 mil millones y nuevas restricciones de privacidad en Facebook. Ftc.gov

⁶ Dubois, E. (2016), Manual de Derecho Comercial. La Ley

Filiación

Rafael Lezcano Saavedra, becario de pregrado de la Facultad de Derecho, Cs. Sociales y Políticas de la UNNE, resolución N°278 C.D./2020, con la dirección del Dr. Sergio Claps, en el marco del PEI denominado “Código Civil y Comercial de la Nación y relaciones jurídicas empresariales”.