



**CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS CONDICIONES DE
USO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: META PLATFORMS, UN CASO OBJETO DE
ESTUDIO (2012-2022)**

**RESTRICTIVE LIABILITY CLAUSES IN THE TERMS OF USE OF DIGITAL PLATFORMS:
META PLATFORMS, A CASE STUDY (2012-2022)**

GIANFRANCO ALVARADO ROMERO

Tesis de grado

Asesor, docente

Juana Flórez Peláez

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN

2024

«Pero incluso los más dotados necesitan un iniciador. La persona que la vida pone un día en su camino, esa ha de ser por siempre amada y respetada, aunque no sea responsable» (El primer hombre, Albert Camus)

Dedico este trabajo con especial agradecimiento a mi madre, mi hermana y mi tío Adolfo por permitir que mis sueños se estén haciendo realidad. Al Dr. Álvaro y su equipo de trabajo (Camila, Sofia, María Teresa y Paloma) por su ejemplo y apoyo incondicional. También, a la profesora Juana Flórez por el acompañamiento brindado en todo el tiempo que duró la realización de este trabajo de maestría. A Dios, por la suerte de tenerlos.

Resumen

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad constituyen una figura muy utilizada en diferentes tipos de contratos, pese a encontrarse escasamente reglamentada o poco tratada por la doctrina y la normatividad con la especialidad que merece. Así, aunque en ese mismo estado de indefinición se encuentran las relaciones que surgen por el uso de nuevas tecnologías, es muy común que los operadores de las plataformas digitales limiten o sustraigan su responsabilidad en sus condiciones de uso, sin que se sepa a ciencia cierta los efectos que ello trae consigo en este tipo de relación jurídica.

Bajo esas consideraciones, esta investigación tiene como propósito analizar las diferentes implicaciones jurídicas que tienen las referidas cláusulas en el vínculo que se origina por el uso de las nuevas tecnologías. Para llevar a cabo este análisis, se tomarán como modelos de estudio plataformas digitales como Facebook e Instagram, las cuales son administradas por el operador Meta Platforms. Adicionalmente, en este proceso se abordarán las perspectivas teóricas del contrato, la autonomía de la voluntad privada, así como de la responsabilidad contractual, con el fin de profundizar en la comprensión de las dinámicas legales que caracterizan estas relaciones en el contexto de las plataformas digitales.

Palabras claves: Plataformas digitales (PPDD) - Cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil – Eficacia – Límites a la autonomía de la voluntad – Responsabilidad civil - Orden público.

CONTENIDO

1. Introducción.....	5
1.1 La autonomía de la voluntad privada.....	6
1.2. Contexto sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil (Historia, desarrollo, problemática y actualidad).....	7
2. Contrato de uso: la relación jurídica que nace entre el usuario de la plataforma y su operador.....	10
3. Cláusulas restrictivas de responsabilidad usuales en los términos y condiciones de uso de las plataformas digitales. Facebook e Instagram: un caso ilustrativo.....	14
4. Requisitos y límites generales de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.....	19
5. Efectos en el ordenamiento jurídico colombiano de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil pactadas por los operadores digitales en sus condiciones de uso.....	28
6. ¿La regulación colombiana actual sobre los efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad es suficiente? ¿Una labor de lege data o lege ferenda?.....	44
7. Conclusiones.....	60
8. Bibliografía.....	62

CAPÍTULO I

Introducción

Tradicionalmente, las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil han comportado un remedio a las diferentes vicisitudes que se pueden presentar alrededor de la relación en que se establecen, en tanto permiten distribuir riesgos y aligerar costos. En tiempos modernos, estos pactos no han sido ajenos a los vínculos más novedosos que surgen por la utilización de las nuevas tecnologías; por ejemplo, en plataformas digitales como Facebook e Instagram (Meta Platforms)¹, se pueden ver contenidas en sus condiciones de uso.

Sin embargo, a pesar de su práctica común, el ejercicio de estas convenciones privadas involucra una serie de limitaciones y el cumplimiento de unos requisitos con el propósito de no generar desequilibrio entre las partes a quienes les afecta su contenido. De igual forma, el desconocimiento de estos requisitos puede llevar a su ineficacia, especialmente en relaciones que, en algunos casos, resultan atípicas, como la que se establece entre el usuario y el operador de la plataforma digital.

Todo esto comporta la necesidad de determinar las implicaciones que tienen las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el contrato que surge entre el usuario y el operador titular de la plataforma digital, de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico colombiano. Para ese propósito, se acudirá a conceptos de responsabilidad civil contractual para matizar necesariamente su contenido, pues el hecho de que se encuentren limitadas por determinados principios, normas y requisitos, no implica per se que estén prohibidas.

En últimas, resultará preciso determinar en esta investigación la amplitud del ordenamiento jurídico para dar solución al problema planteado, siendo el propósito final poder ofrecer algunas soluciones jurídicas concretas y efectivas.

¹ Al respecto, véase Condiciones de uso o Condiciones del servicio, 26 de julio de 2022:

- https://www.facebook.com/help/581066165581870/?helpref=uf_share
- <https://www.facebook.com/legal/terms>

1.1. La autonomía de la voluntad privada

De acuerdo con Ospina Fernández y Ospina Acosta (2021), la autonomía de la voluntad privada *“consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”*.

En Colombia, el artículo 1602 del Código Civil permite, precisamente a través de la autonomía de la voluntad privada, la posibilidad de que las partes de un contrato establezcan sus propias reglas. Dispone así la norma referenciada: ***“Artículo 1602. los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”***

En ese orden de ideas, el clausulado objeto de este estudio comporta el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada que realiza el operador de la plataforma digital para distribuir los riesgos que envuelve el desarrollo de su actividad.

Pero, a pesar de que la idea de la autonomía privada genera apariencias de absoluta, lo cierto es que contiene límites, como son, entre otras, las normas de orden público, mismas que no se pueden saltar por acuerdo privado porque iría en contra de los fines de la Constitución. Al respecto, dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-341 de 2006:

3. Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

(...)

Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: (...)

ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres. (Corte Constitucional, Sentencia C-341, 2006)

Justamente en desarrollo de las restricciones a la autonomía de la voluntad privada en el negocio jurídico, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una serie de requisitos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad para que su ejercicio no comporte abusos entre las partes y, consecuentemente, sean declaradas nulas o ineficaces, como se verá más adelante.

1.2. Contexto sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil

Según Gual Acosta (2015), si bien el origen de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se remonta a instancias del antiguo imperio romano, hallándose en los digestos algunos acuerdos de irresponsabilidad del deudor, no eran tan frecuentes. Más bien, es la etapa del desarrollo industrial la que marcaría el derecho moderno de contratos debido a la habitualidad de estas cláusulas en los convenios de adhesión con condiciones generales predispuestas por una de las partes, ofreciendo mayor celeridad negocial y eficiencia económica en un entorno de nuevos y mayores riesgos, así como de mayores y novedosos daños (p.24).

Para el referido autor, en el contexto de la Revolución Industrial (1890) se emplearon con mayor frecuencia las cláusulas de irresponsabilidad con el ánimo de atomizar o distribuir los riesgos inherentes a las nuevas actividades que se desarrollaban y los consecuentes daños que luego se ocasionaban.

Aun así, en la investigación denominada *Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*, se hace referencia a que este tipo de cláusulas vieron sus inicios para el derecho moderno de contratos en el ejercicio del derecho marítimo inglés de mediados del siglo XIX. Para explicar lo anterior, refiere que en el régimen de responsabilidad marítimo de aquella época el transportador resultaba responsable por los daños

ocasionados incluso en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor, de modo que la única manera de que pudiera resultar exonerado era si la causa del incumplimiento se originaba por un evento previsto expresamente como de exoneración de responsabilidad (Diaz Lindao, 2012a, pp. 6-7).

Pero, más allá del uso reiterado de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el derecho moderno, cuestión que no es el eje central de esta investigación, lo cierto es que, pese a sus propósitos altruistas iniciales como el de frenar el desequilibrio económico (representado en altos costos), con estos pactos se dio lugar a abusos sobre la parte contractual débil y la necesidad de establecer límites para procurar el verdadero equilibrio entre los contratantes.

Algunos de los límites históricos que se encuentran sobre este tipo de cláusulas datan de la época del principado o alto imperio romano, en donde se instituyó que serían válidas en la medida en que el incumplimiento del deudor no haya sido ocasionado con dolo o culpa grave, de modo que un pacto contrario era considerado lesivo para la moral y buena fe contractual (Gual Acosta, 2015a, pp. 26 - 29).

En 1930, ante el auge de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos de transporte marítimo, apareció como límite la creación de topes legales que no permitían que dichas cláusulas fueran válidas en aquellos casos en que el valor indemnizable resultaba inferior al legal (Gual Acosta, 2015b, p. 31).

Luego, en 1970, especialmente en sistemas del Common Law, a través del teoría de la *“Fundamental breach of contract”*, se procuró que los acuerdos de irresponsabilidad no recayeran sobre las obligaciones esenciales del contrato; sin embargo, esta posición fue abandonada prontamente debido a que fue considerada *“(…) superficial, carente de consagración sustancial y por la subjetividad de su aplicación pretoriana, posible fuente de abusos judiciales, debido a la interpretación subjetiva que cada juez podría hacer sobre las obligaciones fundamentales del contrato”* (Gual Acosta, 2015c, p. 31). Por otro lado, a mediados de 1970, en sistemas como el alemán, se expidió una ley que procuró el control tarifado de las cláusulas abusivas y las restrictivas de responsabilidad (Gual Acosta, 2015d, p. 32).

Ahora, pese a que la posición inglesa relativa a la importancia de la obligación esencial fue rápidamente desterrada de ese país, fue acogida más adelante por la jurisprudencia francesa en 1996, en el famoso fallo *Arret Chronopost*, en el que la Sala de Casación de ese país resolvía un caso donde la empresa de envíos *Chronopost*, ante el incumplimiento en la entrega oportuna de un documento que le había sido encomendado y la reclamación por los daños consecuentes, opuso una cláusula que reducía su responsabilidad a límites irrisorios. Allí, la Sala consideró que la cláusula, tal y como estaba pactada, carecía de efectos y debía ser estimada como no escrita, bajo el argumento de que “(...) *atentar contra la obligación esencial contratada mediante cláusulas de irresponsabilidad equivale a una ausencia de causa*” (Gual Acosta, 2015e, p. 32).

Por su parte, Colombia no ha sido ajena la práctica y desarrollo de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Como se sostuvo antes, actualmente estas convenciones comportan el ejercicio de la autonomía de la voluntad, encontrando su sustento en el artículo 1602 del Código Civil, el cual permite que las partes de un acuerdo establezcan sus propias reglas.

Desde el contexto jurisprudencial nacional, se han presentado pronunciamientos desde tiempo atrás. Uno de esos casos más ilustrativos se resolvía en sentencia del 6 de marzo de 1972, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema Justicia, con ponencia del magistrado Humberto Murcia Ballén, en donde el propietario de un vehículo demandaba por responsabilidad civil contractual al administrador de un lavadero de carros por los daños que este le habría causado con la desaparición del automotor, luego de que el demandante lo dejara allí para la prestación del servicio de lavado; el administrador del establecimiento y demandado, pretendía oponer un aviso al público como cláusula exonerativa de responsabilidad, ante lo cual la Corte se pronunció sobre esta figura:

La eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad pactadas en contratos, ha sido tema de profunda consideración por los autores, quienes en el punto han sentado criterios disímiles y hasta antagónicos. Expositores ha habido que, como Paul Esmein, se declaran partidarios de la completa ineficacia de tales cláusulas, cuando ellas son de franca irresponsabilidad; otros, como

los Mazeaud, por ejemplo, sostienen que es preciso reconocer eficacia a los acuerdos de no responsabilidad, a lo menos para los casos de culpas leve y levísima; y finalmente quienes, como Planiol y Ripert y con ellos la jurisprudencia francesa, a manera de tesis intermedia, les hacen producir a dichos pactos el efecto consistente en una inversión de la carga de la prueba. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia G. J. CXLII, 98 y ss., marzo 6 de 1972)

Actualmente, estos pactos no han sido ajenos a las relaciones más novedosas que surgen por el uso de las nuevas tecnologías. En plataformas digitales como Facebook e Instagram (Meta Platforms)², se pueden ver contenidas en sus condiciones de uso.

En ese contexto, bastará precisar que las cláusulas o pactos de indemnidad hacen parte, con suficiente y necesaria habitualidad, del derecho moderno de contratos. Pese a eso, la evolución que ha traído consigo las nuevas tecnologías comporta la necesidad de analizar su alcance en un contexto lleno de vacíos.

CAPÍTULO II

Contrato de uso: la relación jurídica que nace entre el usuario de la plataforma y su operador

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, al producir efectos dentro de la relación en que se establecen, hacen parte de los actos o negocios que integran o se anclan a un contrato principal; incluso, pueden llegar a ser contratos en sí mismos considerados para el ordenamiento jurídico (Rojas Quiñones, 2021., p.3).

En relación con las plataformas digitales, lo que se ha observado es que habitualmente ocurre el primer evento; es decir, los acuerdos limitativos de responsabilidad se plasman en las condiciones de uso o términos de servicio de la plataforma, las cuales (a su vez) están integradas

² Al respecto, véase Condiciones de uso o Condiciones del servicio, 26 de julio de 2022:

- https://www.facebook.com/help/581066165581870/?helpref=uf_share
- <https://www.facebook.com/legal/terms>

a un contrato principal. En todo caso, aunque es muy común que las plataformas digitales limiten o sustraigan su responsabilidad en sus condiciones de uso, sucede que no se sabe a ciencia cierta lo que ello trae consigo en esa relación jurídica (pendiente de caracterizarse en este trabajo), especialmente porque tanto las cláusulas analizadas, como la relación que surge por el uso de las nuevas tecnologías, se encuentran en estado de indefinición.

En el ámbito internacional, Leonardo David Balduzzi (2020) se ha encargado de definir que la vinculación que surge con la plataforma digital es de un contrato de uso, a través del cual:

(...) Una parte habilita a otra a utilizar un producto digital en internet destinado a compartir información o entablar comunicaciones a cambio o no de un precio en dinero. (...) Sin perjuicio de que cada producto tiene sus propias particularidades, la estructura de la relación entre las partes es la misma. En todos los casos tenemos un sujeto que proporciona un espacio en la red en donde los usuarios pueden acceder para consumir, compartir o intercambiar información o entablar comunicaciones. (pp. 7 – 8).

Incluso, más adelante define algunos elementos característicos de ese tipo de convenios:

a) bilateral; b) oneroso o gratuito -en este aspecto hay de todo: plataformas gratuitas, plataformas de pago, plataformas con tramos free y tramos premium, etc.-; c) conmutativo; d) no formal; e) atípico, aunque con suficiente tipicidad social; f) de tracto continuado; g) de plazo indeterminado; h) de adhesión a cláusulas predispuestas; i) de consumo con relación a los usuarios consumidores; j) personal o intuitu personae-la cuenta no puede transferirse a otra persona bajo ningún título-. (Balduzzi, 2020, p. 8).

Adicionalmente, este tipo de contratos tienen la connotación de electrónicos en la medida en que se forman y perfeccionan por medios electrónicos y/o a distancia; sin embargo, vale aclarar que aquí no se modifica la noción de contrato porque lo único que cambia es el medio y los riesgos que esta modalidad de celebración implica (Márquez y Españés, 2011, p.6). En Colombia, la Ley 527 de 1999 - *“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las*

entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”- permite la celebración de contratos mediante mensaje de datos.

Por otro lado, pero en línea con lo hasta aquí expuesto, para el tratadista Francisco Reyes Villamizar este tipo de vínculo se trata de una relación de naturaleza contractual, aunque onerosa, cuyo pago lo realiza el usuario en especie al suministrar información al operador de la plataforma para que la utilice con propósitos comerciales. De igual forma, caracteriza esta relación de la siguiente manera:

i) Vinculante mediante las leyes colombianas. Reglas aplicables son las contractuales; ii) de adhesión; iii) de tracto sucesivo: comporta el cumplimiento sucesivo de obligaciones de las partes; iv) oneroso: el usuario paga en especie con el tratamiento de sus datos; v) bilateral: implica obligaciones recíprocas de las partes; vi) debe ser cumplido en los términos y condiciones pactados, los cuales a su vez deben ser explícitos y aceptados por las partes.

(Sesión técnica sobre libertad de expresión en redes sociales - Corte Constitucional, 2022)

Ahora, a partir de las definiciones referenciadas, se pueden extraer los siguientes elementos formales del contrato de uso:

a) Sujetos: serán el operador de la plataforma digital y el usuario (persona natural o jurídica que hace uso de la plataforma para sus propósitos específicos).

b) De naturaleza contractual: debe existir un acto que posea la entidad suficiente para estimar que la voluntad de las partes ha estado dirigida a la formación del vínculo jurídico.

En el caso práctico de Meta Platforms, se observa que el Contrato de Uso se suscribe cuando el usuario ingresa a la plataforma, se registra y acepta los términos y condiciones de uso de manera informada.

c) Capacidad: el operador debe solicitar los datos suficientes para descartar la minoría de edad legal. Frente a este elemento, Meta Platforms ha dispuesto lo siguiente:

Quién puede usar Instagram. Queremos que nuestro Servicio sea lo más inclusivo y abierto posible, pero también queremos que sea seguro y cumpla con la ley. Para ello, es necesario que te comprometas a cumplir con algunas restricciones a fin de formar parte de la comunidad de Instagram.

- Debes tener al menos 13 años o la edad legal mínima en tu país para usar Instagram.
- No debes tener prohibido el uso de ningún aspecto de nuestro Servicio en virtud de las leyes aplicables o la utilización de servicios relacionados con pagos si estás en la respectiva lista de partes denegadas.
- No debemos haber inhabilitado previamente tu cuenta debido a una infracción de la ley o a cualquiera de nuestras políticas.
- No debes ser un delincuente condenado por delitos sexuales. (Meta Platforms, 2022)

d) Consentimiento: de acuerdo con la dinámica propuesta en el modelo objeto de estudio, del registro como usuario sigue la consecuente aceptación de las condiciones emitidas por el operador y la formación del consentimiento.

En ese procedimiento, se requiere un acto afirmativo, de aceptación para que el usuario se adhiera a los términos y condiciones predispuestos por el operador.

f) Condiciones de uso predispuestas y sin posibilidad de discusión: las estipulaciones del contrato de uso se caracterizan por ser de adhesión, de modo que el usuario simplemente se somete a ella, sin la posibilidad de discusión. Acerca de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico se hablará en el desarrollo de este trabajo.

g) Causa y objeto lícito: es nulo el contrato si la plataforma tiene como causa y objeto el tratamiento de información o comunicaciones contrarias a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona, que lesionan derechos ajenos o especialmente prohibidos.

h) Prueba: el contrato se probaría con los correos de aceptación de la suscripción.

i) Territorio: lo ideal sería que las partes pacten el lugar donde se entenderá celebrado el contrato, pero no siempre sucede de esa manera. En dichos eventos, se ha planteado que el contrato se entienda celebrado en el lugar donde tiene domicilio o residencia habitual el usuario, además, por ser el lugar en donde el operador publicitó la plataforma y porque el registro sucede y se desarrolla desde un dispositivo localizado en el mismo lugar.

De todos modos, vale aclarar que de este elemento se deriva lo relativo a la ley aplicable al contrato, aspecto que será tratado cuando se analice este tipo de cláusula.

En resumen, se puede afirmar que este contrato de uso es aplicable en Colombia, ya que se fundamenta en la autonomía de la voluntad privada y no contradice los principios del ordenamiento jurídico colombiano al contar con causa y objeto lícitos. Además, contiene elementos que permiten clasificarlo con características comunes o generales, cuyos efectos en el ordenamiento jurídico son más flexibles que rígidos, estando sujetos a las circunstancias de su aplicación.

CAPÍTULO III

Cláusulas restrictivas de responsabilidad usuales en los términos y condiciones de uso de las plataformas digitales. Facebook e Instagram: un caso ilustrativo

A nivel doctrinal se han resaltado las ventajas y desventajas que tienen las cláusulas de irresponsabilidad para el desarrollo de distintas actividades. En esta línea lo plantea Javier Tamayo Jaramillo (2007):

Las ventajas radican en la posibilidad de que no se paralice el desarrollo tecnológico y que las empresas se comprometan en investigaciones costosas de largo alcance, que serían imposibles

si la carga indemnizatoria por unos productos relativamente nuevos en el mercado amenaza con la ruina y desaparición de tales empresas. Los inconvenientes consisten en que los deudores, al ver que su responsabilidad es mínima e incluso inexistente, no pongan todo su empeño en cumplir exactamente lo pactado, empleando la máxima diligencia que les exige la ley, de no existir las cláusulas. Pero también tienen ventajas para el acreedor, por ejemplo, cuando la eliminación o disminución de la carga indemnizatoria del deudor le permite al acreedor obtener mejores precios (Tomo II, p. 555).

Por eso, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, en la actualidad estos pactos no han sido ajenos a las relaciones más novedosas que surgen por el uso de las nuevas tecnologías, permitiendo su desarrollo, mantenimiento y mejora.

En la práctica, es muy común que se encuentren diversos tipos de cláusulas que van desde aquellas que procuran la exoneración total o parcial de la responsabilidad (exonerativas), o las que tienen como propósito aligerar o eliminar obligaciones accesorias del contrato (modificadorias de la obligación). De la misma forma, también surgen cláusulas que, si bien no excluyen totalmente su responsabilidad, tienen la virtualidad de llegar a modificar su régimen o restringir el quantum indemnizatorio (limitativas), como también es el caso de las que regulan la jurisdicción, competencia y ley aplicable al contrato en caso de controversias.

En la investigación realizada por Indira Díaz Lindao (2012), se enlistan algunas de ellas a partir de la clasificación **de exonerativas y limitativas de responsabilidad**, las cuales resultan importantes para la ilustración, a saber:

Son cláusulas de exoneración de responsabilidad:

1. Las que recaen sobre la entidad del daño a resarcir, cuando se establece por ejemplo que solo se responderá por el daño patrimonial y no por el extrapatrimonial, o por el daño emergente pero no por el lucro cesante, o por los daños previsibles del contrato mas no por los imprevisibles.
2. Las que modifican el criterio de imputación subjetivo de responsabilidad disminuyendo el grado de diligencia que debe asumir el deudor.

3. Las que modifican el criterio de imputación objetivo de responsabilidad, extendiendo las causas de exoneración de responsabilidad del caso fortuito o la fuerza mayor, a la prueba de la diligencia o a la ausencia de culpa, o que liberan al deudor de ciertos casos fortuitos por los que en principio está obligado a responder.
4. Las que excluyen la responsabilidad del deudor en caso de retardo en el cumplimiento de sus obligaciones.
5. Las que excluyen la responsabilidad del deudor frente a específicos eventos como el hurto, el incendio o la lluvia.
6. Las que recaen sobre las garantías, como la garantía por evicción, por los vicios ocultos o por la calidad de los bienes y servicios.
7. Las que recaen sobre los recursos a los que puede recurrir el deudor en caso de incumplimiento, especialmente la acción de resolución del contrato.

Son cláusulas de limitación de responsabilidad:

1. Las que determinan un quantum o un techo máximo para la reparación en caso de efectivo incumplimiento del contrato o de alguna de sus obligaciones.
2. Las que determinan un quantum o un techo máximo para la reparación en cualquiera de los supuestos descritos en los números 1,4, y 5 antedichos.
3. Las que establecen una modalidad determinada para la reparación. (p.12)

Ahora, siendo Facebook e Instagram (Meta Platforms) el modelo de estudio de plataformas digitales que se ha tomado en esta investigación, en este capítulo se pondrán de presente algunas cláusulas que se han logrado hallar a partir de la lectura de las condiciones de uso o condiciones del servicio del 26 de julio de 2022³, advirtiendo que en lo relativo a su alcance y efectos se hablará en capítulo especial.⁴

En ese orden, se han hallado las siguientes:

³ Al respecto, véase Condiciones de uso o Condiciones del servicio, 26 de julio de 2022:

- https://www.facebook.com/help/581066165581870/?helpref=uf_share
- <https://www.facebook.com/legal/terms>

⁴ Algunas cláusulas se presentan de manera textual, otras se infieren del contenido íntegro del contrato de uso fijado por Meta Platforms.

- **Cláusula que aligera el cumplimiento de la obligación de seguridad:** “y no podemos garantizar que será seguro o funcionará correctamente en todo momento”. (Meta Platforms, 2022a)

- **Cláusula que elimina las garantías:** “NO ASUMIMOS RESPONSABILIDAD POR NINGUNA GARANTÍA, SEA EXPLÍCITA O IMPLÍCITA, INCLUIDAS LAS GARANTÍAS IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZACIÓN, IDONEIDAD PARA UN FIN PARTICULAR, TITULARIDAD Y DE NO INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL O DERECHOS DE PROPIEDAD DE TERCEROS.” (Meta Platforms, 2022b)

- **Cláusula de exclusión de responsabilidad por hechos ajenos a la plataforma digital:** como su nombre lo indica, estas cláusulas buscan excluir cualquier tipo de responsabilidad de la plataforma digital por hechos ajenos al objeto de su actividad.

- **Cláusula que excluye la indemnización por daños que son consecuencia de fallas en el servicio:** Meta Platforms no responderá:
(...) por daños consecuenciales, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas Condiciones o los Productos de Meta, o en relación con ellos (independientemente de la causa y de cualquier teoría de responsabilidad, incluida la negligencia), incluso si se nos advirtió de la posibilidad de tales daños. (Meta Platforms, 2022)

- **Cláusula que fijan el régimen legal de las obligaciones y determinan que serán simplemente de medios:** a través de estas cláusulas el operador de la plataforma digital simplemente se sustrae el compromiso de contraer una obligación de resultado en el que

no garantiza el funcionamiento perfecto del servicio. Así mismo, se compromete al mínimo de diligencia y cuidado.

- **Cláusula de indemnidad patrimonial del deudor:**

Bajo ninguna circunstancia, según el grado máximo permitido por la ley aplicable, seremos responsables ante ti por lucro cesante; pérdida de beneficios, ingresos, información o datos; o por daños consecuenciales, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas Condiciones o los Productos de Meta, o en relación con ellos (independientemente de la causa y de cualquier teoría de responsabilidad, incluida la negligencia), incluso si se nos advirtió de la posibilidad de tales daños. (Meta Platforms, 2022)

- **Cláusula que regulan la jurisdicción, competencia y ley aplicable al contrato en caso de controversias:**

Si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier demanda, acción o disputa ("demanda") que presentes contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones, o en relación con ellas. Asimismo, puedes resolver tu demanda en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, aceptas que la demanda se debe resolver de forma exclusiva en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del distrito norte de California o en un tribunal estatal ubicado en el Condado de San Mateo; aceptas someterte a la jurisdicción personal de cualquiera de estos tribunales con el propósito de litigar cualquier demanda; y aceptas también que las leyes del estado de California regirán estas Condiciones, así como cualquier demanda, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes. Sin perjuicio de lo anterior, aceptas que, según su criterio exclusivo, Meta Platforms, Inc. puede presentar cualquier demanda que tengamos contra ti relacionada con intentos de abusar de nuestros productos, o de interferir o interactuar con ellos, de una forma no autorizada en el país en el que residas que tenga jurisdicción sobre la demanda. (Meta Platforms, 2022)

CAPÍTULO IV

Requisitos y límites generales de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Analizar los requisitos y límites generales de validez de las convenciones privadas sobre las que recae este estudio resulta de total importancia en la medida en que permiten analizar el alcance y los efectos de las distintas estipulaciones que fijan las plataformas digitales en sus términos o condiciones de uso para sustraer o limitar su responsabilidad.

Ahora, si bien la autonomía de la voluntad privada permite cierta flexibilidad negocial para que las partes establezcan sus propias reglas alrededor de las dinámicas civiles o del mercado en que se desarrollan, también involucra una serie de limitaciones y el cumplimiento de unos requisitos con el propósito de no generar desequilibrio entre las partes a quienes les afecta el contenido de los acuerdos y evitar eventuales ineficacias, especialmente en vínculos que en algunos casos devienen atípicos, como es el que surge entre el usuario y el operador de plataformas digitales como Facebook e Instagram (Meta Platforms).

Acerca de su aceptación limitada, Bernal Fandiño (2019), siguiendo la idea de Marcela Castro, sostiene que:

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad no se deben considerar ineficaces en sí mismas, puesto que se trata de un mecanismo de distribución de riesgos contractuales aceptable dentro de unos límites que es importante determinar, particularmente en Colombia, que carece de una regulación clara y completa en la materia (p.195).

Mientras tanto, para Tamayo Jaramillo (2007) las restricciones de ese tipo de cláusulas estarían en sus requisitos de validez, los cuales serían:

- (i) Que el daño no sea imputable a dolo o culpa grave del deudor;
- (ii) que las cláusulas no atenten contra normas de orden público;
- (iii) que sean conocidas y aceptadas por el acreedor que renuncia a sus derechos;
- (iv) relatividad: solo tienen validez entre las partes; y
- (v) no valen si están expresamente prohibidas por la ley. (Tomo II, pp. 568 a 581)

Por su lado, un sector de la doctrina reciente añade que en Colombia el principio de reparación integral representa un requisito adicional para poder limitar la responsabilidad (Bernal Fandiño, 2019, pp. 189 a 191); mientras que para otro sector es al contrario, siendo las cláusulas restrictivas las que condicionan a este principio (Velásquez Posada, Obdulio, 2015):

Las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad se erigen como un límite al principio de la reparación integral del daño que pregona que se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño, buscando evitar que la reparación sea demasiado gravosa para el deudor, o que la indemnización se convierta en fuente de enriquecimiento de la víctima. (p.70)

En esa misma línea, Gual Acosta (2015) expone la dicotomía que se presenta entre dos principios contractuales como el de la autonomía de la voluntad privada (*Artículo 1602, C.C.*) y el de reparación integral (*Artículo 16, Ley 446 de 1998*), respecto de las cláusulas de responsabilidad, concluyendo que si bien ambos principios no son absolutos, los límites de la autonomía de la voluntad privada deben interpretarse de manera restringida, al punto que los acuerdos de responsabilidad estarían permitidos atendiendo ciertos requisitos (pp. 55 y ss.).

En el contexto jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han tenido discrepancias alrededor de los requisitos de estas cláusulas a la hora de analizarlas sobre contratos tradicionales. Bernal Fandiño (2019) resume la diferencia en que, para la primera, estas son válidas por estipulación entre los contratantes; pero, para la segunda, no se puede presentar exclusión total de responsabilidad porque iría en contravía del concepto mismo de obligación e implicaría la condonación del dolo futuro de una de las partes (p.193).

Desde ahí, la doctrina propone, a manera de conciliación a las diferentes posiciones, la posibilidad de pactar cláusulas exonerativas, pero solo respecto de ciertos daños; o sea, limitándose únicamente a aquellos sobre los cuales haya lugar a disponer por acuerdo entre las partes contratantes, siempre y cuando ese acuerdo no se oponga a los requisitos generales de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Siendo así, el daño emergente o el lucro cesante podrían ser excluidos de compensación solamente si no son causados por dolo o culpa grave.

En cuanto a los daños extrapatrimoniales, esta regla no aplicaría porque se considera que su exclusión iría en contra de todo lo que el concepto de orden público abarca, por lo tanto, cualquier acuerdo en ese sentido carecería de causa y objeto lícito. Es importante recordar que, como requisito, la parte afectada debe estar informada de esta disposición y otorgar su consentimiento.

En suma, de todo lo anterior puede extraerse que, para no generar desequilibrio entre las partes y mantener la legalidad del acuerdo, se deben tener en cuenta los siguientes requisitos al momento de pactar cláusulas que limitan la responsabilidad:

1) Que el daño no sea imputable a dolo o culpa grave del deudor: encuentra su sustento en la prohibición de condonar el dolo futuro y está regulada por el artículo 1522 y 63 del Código Civil que equipara el dolo a la culpa grave. Sobre este aspecto, la jurisprudencia indica que:

(...) evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad [...] son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo [...] en cambio, tratándose de la culpa leve y levísima, los contratantes pueden lícitamente acordar, la atenuación de la responsabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia G. J. CXLII, 98 y ss., marzo 6 de 1972)⁵

Este requisito procura que los contratantes obren de modo diligente, independientemente de cualquier estipulación que resulte favorable, como si las cláusulas de irresponsabilidad pactadas no existieran. Contiene un componente ético que impone a los contratantes el deber de comportarse hasta con el suficiente cuidado para lograr los propósitos del contrato; de modo que, cuando esté superado este límite y se incurra en dolo o culpa grave, el respectivo deudor no se halle premiado con algún tipo de indemnidad.

⁵ Véase también Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Casación Civil. Sentencia de septiembre 8 de 2011, MP: William Namén Vargas.

De esa manera, lo que se procura es que el cumplimiento de las obligaciones contraídas no esté sujeta a la mera liberalidad de la persona que se obliga. *“Así, una obligación que puede ser incumplida dolosamente sin ninguna consecuencia es meramente potestativa y por lo mismo, no es válida.”* (Bernal Fandiño, 2019.,p.199).

2) Que las cláusulas no atenten contra normas de orden público: está claro que las cláusulas de irresponsabilidad son el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada (Art.1602 del Código Civil), la cual, según Ospina Fernández y Ospina Acosta (2021), *“consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”*.

Aun así, esta figura se encuentra limitada, entre otras, por las normas de orden público, que no son más que aquellas de contenido imperativo que no pueden ser desconocidas o derogadas contractualmente porque tienen un componente supra individual, como el orden político o económico. El primero de ellos recae sobre derechos especialmente tutelados por la sociedad, como la familia, la integridad del individuo, salubridad, vida, etc.; mientras que la segunda trata sobre las relaciones económicas particulares y restringen la autonomía de la voluntad privada (Sarasti Arce, 2018., p.24).

Para las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las normas de orden público que interesan son las de categoría económica, debido a que lo que finalmente buscan es *“(…) contrarrestar la especial situación de debilidad en que se encuentra una de las partes del contrato para negociar las condiciones del mismo, configurándose al mismo tiempo en un mecanismo de control del abuso de posición dominante.”* (Diaz Lindao, 2012., p.25).

Al mismo tiempo, estas normas de orden público económico están compuestas por **(i)** las normas imperativas; **(ii)** los derechos fundamentales de la persona; y **(iii)** las buenas costumbres. Las cuales han sido definidas de la siguiente manera:

(i) Normas imperativas: según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 31 de mayo de 1938, son normas imperativas los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que amenace sus bienes más esenciales (citado en Gual Acosta, 2015).

Es importante resaltar que, en la categoría de norma imperativa, además de estar aquellas que garantizan la protección del orden público, también se encuentran aquellas que establecen expresamente los parámetros de la responsabilidad en casos específicos, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los contratos de transporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 992 del Código de Comercio, o como ocurre en el caso de la responsabilidad de los administradores, de conformidad con lo previsto en el artículo 200 del mismo Código. (Sarasti Arce, 2018., p.25)

(ii) Derechos fundamentales de la persona: para Diaz Lindao (2012), bajo la cláusula general de orden público los derechos fundamentales resultan intangibles, indisponibles y, en consecuencia, irrenunciables (p.27). En el escenario de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, ello tiene mayor consideración si se toma en cuenta que *“(...) estos derechos no hacen parte del patrimonio de las personas, sino que representan un valor social que no es objeto de transacción”* (Sarasti Arce, 2018., p.26).

(iii) Buenas costumbres: comprende el aspecto moral del orden público y sirve para controlar, precisamente, la inmoralidad y las malas prácticas que dan lugar a abusos de poder en la actividad negocial. Es una noción que debe interpretarse mediante conductas internas socialmente tolerables en situaciones determinadas (Tapia, 2005, citado en Gual Acosta, 2015).

En el contexto clausular analizado en el desarrollo de este texto, las buenas costumbres se posicionan como un límite al tener la capacidad de afectarlas de invalidez (nulidad) cuando comprenden un comportamiento inmoral o escandaloso para la comunidad. Sin embargo, advierte la doctrina que, por la indeterminación de este concepto, se torna como subsidiario y únicamente puede invocarse cuando no hay: *“(...) ningún medio de control que permita decretar la invalidez de la cláusula restrictiva de responsabilidad, especialmente, por el nivel de discrecionalidad que la moral le puede conceder al juez de conocimiento del contrato y la inseguridad jurídica que esto representa.”* (Sarasti Arce, 2018., p.28).

Finalmente, en Colombia, el sustento de esta regla se halla en el artículo 1518 del Código Civil, cuando establece que el objeto de las obligaciones debe ser física y moralmente posible, correspondiendo lo último a que las obligaciones no sean contrarias, precisamente, al orden público y todo lo que comprende.

3) Que hayan sido conocidas y aceptadas con la manifestación inequívoca del consentimiento: la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad también radica en que se establezcan en un proceso previo a la ocurrencia del supuesto que regulan, claro, transparente, de fácil acceso y de publicidad suficiente; de lo contrario, se presentarían como acuerdos sorpresivos para la parte sobre quien recae la consecuencia.

Aquí, cobran mayor relevancia los deberes secundarios de conducta, específicamente el deber de información, entendido como una obligación legal “(...) cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información” (Solarte Rodríguez, 2004a, p.27).

Lo anterior, implica que, en aquellas relaciones en las cuales solo una de las partes involucradas en el contrato es conocedora de una determinada profesión u oficio, el contratante experto tiene el deber de brindar la información necesaria, objetiva, clara, oportuna y veraz a la parte contraria para que así esta última cuente con los elementos suficientes para adoptar su decisión (Solarte Rodríguez, 2004b, p.27).

La importancia del cumplimiento de este deber de información en el contexto del clausulado en estudio (limitativas, exonerativas y modificatorias de la obligación) es que permite que la etapa de formación contractual pueda concluir con la aceptación del contrato mediante la manifestación de un consentimiento informado, con la capacidad de no generar vicios de nulidad en el acuerdo, a tal punto que pueda producir el máximo de sus efectos.

Vale precisar que la manifestación del consentimiento también debe ser inequívoca y concluyente, mediante un acto expreso o tácito. De no ser así, la cláusula sería inexistente por falta de voluntad.

Ahora, de las características que se pueden extraer del contrato de uso que se pacta con el operador de la plataforma digital es la ausencia de negociación, de modo que surge la adhesión a las disposiciones contractuales sin oportunidad de discusión para el usuario.

En este tipo de vínculos, las reglas del consentimiento se hacen más favorables para la parte débil de la relación, o sea, la que se adhiere, recayendo en el titular del pacto de adhesión la carga de demostrar la manifestación inequívoca del consentimiento.

En el caso de Meta Platforms como modelo de estudio, se ha logrado establecer que, al realizar el proceso de registro, se aceptan las condiciones de uso; pese a ello, se evidencia que las mismas no aparecen visibles a partir de la primera página de la inscripción, sino en letra menuda sobre el final de la página, reduciendo esa maniobra la posibilidad de que su contenido sea verdaderamente conocido por el usuario.

Una posible solución a este problema en caso de disputas podría hallarse en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), el cual aborda la carga dinámica de la prueba. Según esta disposición, sería posible requerir a la plataforma digital para que acredite el conocimiento de la cláusula que el usuario debía tener, mediante actos inequívocos que estaban a su cargo recaudar.

4) Relatividad: sólo se pueden invocar a las partes del contrato que las hayan aceptado, teniendo como fundamento normativo el artículo 1602 del Código Civil⁶.

De todos modos, algunas de las cláusulas incluidas en las condiciones de uso de las plataformas digitales son estipuladas frente a terceros, lo cual, en principio, desbordaría la responsabilidad contractual y se enmarcarían en cláusulas de responsabilidad extracontractual cuya aceptabilidad es más bien cuestionada.

Esta relatividad tiene algunas excepciones aparentes, como es el caso de la subrogación, o el caso de las cadenas homogéneas de contratos (Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.579).

Para la cadena homogénea de contratos, piénsese en el caso de la persona (no usuaria) que contrata con un influencer para que este le promocio su negocio por medio de su cuenta con más de 2 millones de seguidores. Luego, la plataforma digital cierra la

⁶ “**ARTÍCULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

cuenta del influencer sin justificación y la promoción no se puede hacer, o no con la misma relevancia de antes. En ese caso, se estima que el afectado (no usuario) podría adelantar una acción frente al operador como deudor inicial.

5) No valen si están expresamente prohibidas por la ley: un ejemplo de ello lo encontramos en el Estatuto del Consumidor cuando prohíbe las cláusulas abusivas en su artículo 42 y siguientes, o las que determina el artículo 38 del mismo estatuto: “***Cláusulas prohibidas***. En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.”

6) Otros límites señalados por la doctrina:

6.1. Obligaciones esenciales como límites de validez: para Felissa Baena Aramburo, a partir de la jurisprudencia nacional se puede concluir que, involucrando obligaciones esenciales, la limitación de la indemnización a límites irrisorios es inválida (Cárdenas Villarreal y Reveco Urzua, 2021., p. 271).

Por su lado, Tamayo Jaramillo también plantea que mediante acuerdo se pueden suprimir, obligaciones accesorias, pero no las esenciales, al conllevar que el contrato carezca de causa u objeto lícito.

6.2. Aclaración en relación con el principio de reparación integral (Artículo 16 de la Ley 446 de 1998; Artículo 283 CGP)

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad, como un ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, son una excepción al principio de reparación integral, por lo que, sobre todo, están sometidas a las limitaciones del orden público (seguridad, daños a

intereses protegidos, daños sobre la persona), del dolo y la culpa grave, y el desequilibrio entre las partes.

Bernal Fandiño (2019) avanza hacia una conclusión similar, respaldada por la jurisprudencia constitucional, al argumentar que el principio de reparación integral no es absoluto. Esta autora sugiere que la validez de las cláusulas se fundamenta en su razonabilidad, lo que implica que sus disposiciones no deben ser tan exorbitantes que las obligaciones y la correlativa responsabilidad sea irrisoria (p.190).

CAPÍTULO V

Efectos en el ordenamiento jurídico colombiano de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil pactadas por los operadores digitales en sus condiciones de uso

La hipótesis que se pretende desarrollar en esta investigación es que los efectos de los acuerdos de indemnidad establecidos por los operadores de las plataformas digitales estarán sometidos al tipo de relación a partir del cual surjan los daños y la consecuente responsabilidad que se encuentra afectada por el clausulado estudiado. En este sentido, se afirmará que para la aplicación del régimen de cláusulas abusivas del Estatuto del Consumidor será exigible que medie un acto de consumo; mientras que todos los demás casos se regirán por las normas ordinarias del Código de Comercio y el Código Civil.

Por esa razón, el presente capítulo estará formado por dos componentes de análisis, dedicado el primero de ellos a analizar la aplicabilidad del régimen de cláusulas abusivas del EC en relación a los acuerdos de irresponsabilidad pactados por Meta Platforms; y el segundo componente dedicado a analizar los efectos de cada cláusula de responsabilidad establecida por Meta.

(i) Aplicabilidad del régimen de cláusulas abusivas del Estatuto del Consumidor sobre los acuerdos de irresponsabilidad pactados por Meta Platforms

En el contrato de uso de plataformas digitales se pueden desarrollar diversos tipos de relaciones, aunque la regla general sea la existencia de una relación de consumo; fundamentalmente, si se tiene en cuenta que el usuario promedio accede a la plataforma digital como consumidor de contenido, en ausencia del lego o la profesionalidad suficiente, y con la simple intención de acceder a entretenimiento, noticias, ofertas, etc. Aun así, en el mismo contexto digital, aparecen otro tipo de usuarios cuya actividad principal no es el consumo, sino la producción del contenido que luego adquieren los consumidores a través de la plataforma digital.

De acuerdo con ese panorama, surge la necesidad de delimitar cuándo se aplican las reglas del EC a las cláusulas restrictivas de responsabilidad pactadas por Meta Platforms y en qué eventos se dará aplicación a las normas ordinarias.

A partir de la vigencia de la Ley 1480 de 2011 (o Estatuto del Consumidor - EC), se logra extraer que el ámbito de aplicación de esa norma está sujeta a la existencia de una relación de consumo que dé lugar (precisamente) a actos de consumo. Ello se explica de mejor manera de acuerdo con el siguiente fundamento:

(...) en el artículo 5 del Estatuto, Definiciones, encontramos los enunciados que permiten delimitar el concepto de relación de consumo. Son ellos: los sujetos: consumidor o usuario, productor y proveedor o expendedor; el objeto: productos; las transacciones o modos de la relación de consumo: adquirir, disfrutar o usar; y, los roles de mercado: destinatario final y profesionalidad. (Sayas Contreras y Tobio Flórez, 2015a, p. 3).

Se considera consumidor:

(...) toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. (Sayas Contreras y Tobio Flórez, 2015a p.6).

Es decir, esta concepción de consumidor definida en la Ley 1480 de 2011 resalta el uso final que se le atribuye al producto o servicio, dejando a un lado la profesionalidad o el desequilibrio con que actúe el usuario en la relación.

La profesionalidad, por el contrario, sí se predica a los demás sujetos que terminan de conformar la relación de consumo, cuando el artículo 5° del EC empieza definiéndolos como ***“Productor: quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”***; y ***“Proveedor: quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”***.

Con todo y eso, este carácter no parece ser determinante para lograr marcar una relación como de consumo, incluso en aquellos casos en que las partes en conflicto sean profesionales, pues así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo de 2005:

(...) el hecho de que la relación entre las empresas demandante y demandada se haya presentado en el marco de su actividad profesional o empresarial, determina, en principio, que no haya lugar a presumir o entender que la sociedad actora se encontraba en una posición de debilidad económica, informativa, técnica o de cualquier otro orden; en todo caso, aun si se presentara cualquier asimetría o desequilibrio en una relación entre profesionales –que suele ocurrir–, ello no convertiría per se a la parte débil en consumidor, ni habilitaría la aplicación del régimen propio de ellos, toda vez que cualquier situación abusiva que pudiera darse o cualquier responsabilidad en la que pudiera incurrirse, como la derivada de productos defectuosos que aquí se ha invocado, no quedaría desamparada, sino que simplemente estaría sometida a las normas generales, que no a aquellas destinadas a los consumidores.

Conforme a lo expuesto, el ámbito de aplicación de las reglas del EC está sometido a la existencia de una relación que tiene como eje central al individuo que realiza actos de consumo, tales como disfrutar o usar con propósitos personales y/o domésticos el producto o servicio que adquiere.

Entonces bien, a partir de la aplicación de lo anterior al contexto de Meta Platforms (como operador de Facebook e Instagram), se explicarán las razones por las cuales hay lugar a afirmar que los efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pactadas por las plataformas digitales no siempre estarán sometidas al régimen de cláusulas abusivas del EC, en consideración a que, siguiendo el mismo esquema establecido en esa norma, resulta que no todos los usuarios de las PPDD son consumidores o realizan actos de consumo.

Para ese propósito, basta realizar una analogía de la relación de consumo frente a la que se desarrolla a raíz del uso de la plataforma digital para hallar que la última está compuesta por: el *usuario consumidor*, el *usuario productor* y la plataforma digital que cumple funciones principales de *proveedora de contenido*, aunque también puede ser productora.

De esta forma, es *usuario consumidor* quien accede a la plataforma con el propósito de consumir contenido digital de entretenimiento, noticias, ofertas de productos o servicios, para la satisfacción de intereses personales, familiares, domésticos o empresariales que no estén ligadas con su actividad principal. Conforman la generalidad de usuarios y, por defecto, se encuentran amparados por las normas relativas a la defensa de los consumidores (EC) desde que la plataforma accede y trata el estado de su actividad para ofrecer contenido comercial que tiene la capacidad de generarle influencia de consumo.

En este punto, vale precisar que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en concepto 16-155160-00001-0000, a la hora de resolver una consulta que suponía publicidad engañosa por productos que se comercializaron a través de Facebook e Instagram, resaltó que a redes sociales como Facebook o Instagram no les son aplicables los preceptos de consumo:

(...) son plataformas utilizadas para contactar personas, su finalidad no es publicar contenido comercial, su interés no es comercial, no pretenden influir sobre el consumidor para que tome decisiones de consumo, por consiguiente su actividad no encaja dentro de las definiciones de productor o proveedor que trae la Ley 1480 de 2011, que tal como se mencionó en líneas

anteriores, corresponde en la actividad publicitaria, a la de anunciante. (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 16- 155160- -00001-0000, Julio 26 de 2016a)

Más adelante, sostuvo:

Por lo tanto, será necesario que dichas plataformas actúen como anunciantes para que le sean aplicables las normas que regulan la publicidad engañosa.

Cuestión diferente es que los usuarios de dichas plataformas puedan utilizarlas para comercializar sus productos; caso en el cual, serán estos los responsables por la publicidad que allí anuncien, lo cual, se insiste, no genera un vínculo directo a efectos de la protección al consumidor, entre la red social y el consumidor, que haga responsable a esta por la actividad de sus usuarios. (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 16- 155160- -00001-0000, Julio 26 de 2016b)

En correspondencia con la posición que se pretende sustentar aquí, se estima que la apreciación de la SIC no es del todo cierta cuando indica que el propósito de las plataformas digitales es ajeno a pretender generar una influencia de consumo sobre los usuarios; máxime cuando en sus términos de servicio Meta Platforms acepta la actividad promocional de la que se financia, de esta manera:

2. Cómo se pagan nuestros servicios

En lugar de pagar por el uso de Facebook y los demás productos y servicios que ofrecemos, al usar los Productos de Meta contemplados en estas Condiciones, aceptas que podemos mostrarte anuncios personalizados y otro contenido patrocinado y comercial que los negocios y las organizaciones nos pagan para promocionar dentro y fuera de los Productos de las empresas de Meta. Usamos tus datos personales, como información sobre tus actividades e intereses, para mostrarte anuncios personalizados y contenido patrocinado que puedan resultarte más relevantes. (Meta Platforms, 2022)

A su vez, también está el usuario productor, quien no será considerado consumidor, ya que su actividad principal es crear y ofrecer contenido, productos o servicios a través de la plataforma⁷. Este tipo de usuarios se pueden observar en aquellas marcas comerciales que

⁷ De acuerdo a este establecimiento, la plataforma digital termina siendo una proveedora de contenido.

abren cuentas digitales con el objetivo de seguir ofertando sus productos o servicios; de modo que su propósito no es la adquisición de productos o contenido para satisfacción personal o familiar, incluso, usualmente son administradas por terceros (como un Community Manager) y se enfocan en el posicionamiento, desarrollo y alcance dentro de la comunidad consumidora.

Hasta aquí, no se desestima que pueden existir eventos en que un usuario productor pase a ser consumidor, caso en donde será el acto de consumo el que marque la aplicabilidad del EC. Por ejemplo, es usuario productor el influenciador digital que tiene una cuenta en Instagram con más de un millón de seguidores y cuya actividad principal es ofrecer contenido de entretenimiento del que se lucra mediante la monetización y posicionamiento de su marca; sin embargo, el influenciador también es consumidor cuando utiliza esa cuenta para su uso personal, pues desde ahí accede contenido digital de su interés, publica fotografías personales o familiares de un valor personal intrínseco, adquiere productos o servicios para su satisfacción individual y alejada de su actividad principal, o sea, realiza actos de consumo dentro de la PD que le otorgan la categoría de consumidor.

Finalmente, aparece la plataforma digital como *proveedora*, en la medida en que es quien administra, controla y desarrolla el alcance, términos y fines en que será distribuido el contenido (producto) generado por el usuario productor a la comunidad usuaria. Como se precisó con anterioridad, la plataforma también podrá ser productora en la medida en que genere su propio contenido digital.

En línea con lo sustentado hasta aquí, cuando un usuario consumidor sufra un perjuicio con ocasión del uso de la plataforma digital y reclame su reparación al operador de la misma, esta última podrá oponer cláusulas restrictivas de responsabilidad, pero estarán sujetas al régimen de cláusulas abusivas determinado en el EC⁸. Pero, si un usuario productor sufre algún tipo de

⁸ En el ejemplo se supone una reclamación directa al proveedor, en sujeción a que para este trabajo interesa ilustrar la aplicabilidad de las cláusulas que imponen los operadores de las PPDD; sin que en ningún caso se quiera insinuar que a los usuarios productores no se les puede realizar ningún tipo de reclamación indemnizatorio o que gozan de algún tipo de indemnidad.

perjuicio a raíz del uso de la plataforma, se lo reclama al operador y este opone alguna cláusula (ej. Indemnidad), la apreciación de esa estipulación no estará indefinida, aunque sometida a la regulación ordinaria del Código de Comercio y el Código Civil.

A modo de conclusión, desde la normativa vigente y en ausencia de regulación específica sobre los términos y condiciones de uso de las plataformas digitales, en relación con las diversas dinámicas de interacción que estas implican, resulta complicado establecer un régimen absoluto que imponga exclusivamente la aplicación del Estatuto del Consumidor, o de las disposiciones generales. Por ello, se sugiere que la solución más adecuada dentro del contexto legal actual sea la implementación de un enfoque más flexible, donde el régimen a aplicar esté determinado por las circunstancias particulares de cada relación, dejando la interpretación de su contenido a las partes involucradas y, en última instancia, al operador judicial.

(ii) Efectos de cada cláusula de responsabilidad establecida por Meta

En el capítulo III se presentaron de manera enunciativa las cláusulas más usuales que se hallaron en los términos y condiciones de uso de Meta Platforms. En este segmento se analizarán cada una de ellas en función del efecto que persiguen y el alcance que tienen una vez son contrastadas frente a las reglas del ordenamiento jurídico colombiano, tal como están planteadas.

- **Cláusula que aligera el cumplimiento de la obligación de seguridad:** *“y no podemos garantizar que será seguro o funcionará correctamente en todo momento”.* (Meta Platforms, 2022)

Efecto que persigue: como está redactada es muy amplia y puede incluir irresponsabilidad por daños que puedan ser sobre la persona o una comunidad (Ejemplo: daño a la honra). Ahora, además de los efectos directos sobre la responsabilidad, pretende modificar o redefinir su obligación aclarando que no garantiza un resultado específico, dejándolo al azar y por fuera de lo debido.

Efecto que tiene en el ordenamiento jurídico: teniendo en cuenta que obligación y responsabilidad son conceptos correlativos, al procurar eliminar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de seguridad, resulta que esta cláusula iría en contra del orden público.

Se quiere decir, si bien no se sustrae la obligación de seguridad, la declaración de irresponsabilidad pese a su incumplimiento tiene efectos directos en esa obligación porque da lugar a actuar de manera irresponsable sin consecuencia alguna (Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.577).

Por lo tanto, al plantear la indefinición respecto a la obligación de seguridad, en relaciones ordinarias, se contraviene el orden público. La sanción directa sería la nulidad por objeto ilícito, fundamentada en los artículos 1518, 1523 y 1741 del Código Civil, así como en el artículo 899 del Código de Comercio. Esto es particularmente relevante si se considera que la declaración de irresponsabilidad frente a la obligación de seguridad puede ocasionar daños a la integridad de las personas, afectar derechos supra personales, o ser resultado de conductas dolosas o gravemente culposas.

Ahora, en relaciones de consumo, esta cláusula será ineficaz de pleno derecho en virtud del artículo 43 del E.C., interpretado en armonía con el derecho de seguridad que dispone numeral 1.2. del artículo 3 del mismo estatuto.

- **Cláusula que elimina las garantías:** *“NO ASUMIMOS RESPONSABILIDAD POR NINGUNA GARANTÍA, SEA EXPLÍCITA O IMPLÍCITA, INCLUIDAS LAS GARANTÍAS IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZACIÓN, IDONEIDAD PARA UN FIN PARTICULAR, TITULARIDAD Y DE NO INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL O DERECHOS DE PROPIEDAD DE TERCEROS.”* (Meta Platforms,2022)

Efecto que persigue la cláusula: en virtud de su redacción amplia, busca eliminar las consecuencias derivadas de fallas en la garantía, abarcando todo lo que implica ese concepto; es decir, incluye tanto la garantía legal del artículo 7 del EC, como la comercial de eficiencia y buen funcionamiento dispuesta en el artículo 932 del Código de Comercio.

Efecto que tiene en el ordenamiento jurídico colombiano: si dicha cláusula se presenta en una relación con propósitos de consumo, regulada por el Estatuto del Consumidor, será ineficaz de pleno derecho al ir en contra de norma de orden público (Artículo 43 del EC, en concordancia con artículos 7 y siguientes del mismo estatuto).

Frente a la garantía de eficiencia y buen funcionamiento comercial, se halla sancionada con su inexistencia, de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio, por estar ligada a la prestación en la misma calidad buscada por el adquirente (Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.596).

Ahora, ha asumido la doctrina que si el propósito real de la denominada cláusula que elimina las garantías es suprimir la eventual indemnización por los daños que genere el producto o servicio a raíz de sus defectos, será válida; pero no lo será así cuando lo que se pretenda es pactar la no reparación o el cambio del bien o producto hasta que funcione debidamente (Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.595). Así las cosas, más allá de la denominación que se le quiera dar, debe aclararse que en el primer supuesto no se estaría propiamente ante una cláusula de eliminación de la garantía, sino ante aquellas que eliminan la indemnización por daños que son consecuencia de las fallas en el servicio o de indemnidad patrimonial del deudor, mismas que en algunos eventos son aceptadas, como se verá más adelante cuando se analicen cada una de ellas.

Por último, en cuanto a la extensión del clausulado analizado en este aparte respecto a la titularidad y no infracción de derechos de propiedad intelectual o derechos de propiedad de terceros, también resulta necesario advertir que en estos asuntos

corresponde aplicar más bien las consideraciones de la indemnidad patrimonial al tratarse de una disposición que específicamente pretende esa exoneración en aquellas controversias que surjan con usuarios y/o terceros en eventos de disputas por marcas o propiedad intelectual; y no necesariamente del litigio que surjan por el mal funcionamiento de productos que ofrece Meta a sus usuarios.

- **Cláusula de exclusión de responsabilidad por hechos ajenos a la plataforma digital:**

Tampoco controlamos lo que las personas u otros hacen o dicen, ni somos responsables por sus acciones, conductas (online u offline) o contenidos (ni por los tuyos), incluido contenido ilegal o cuestionable. Tampoco somos responsables por los servicios y las funciones que otras personas o empresas ofrecen, incluso si accedes a ellos mediante nuestro Servicio. (Meta Platforms,2022)

Efecto que persigue esta cláusula: de alguna forma, busca que los usuarios de las plataformas digitales asuman responsabilidades y se comporten lícitamente en el entorno digital, lo cual, en principio, permitiría predicar la validez de esta cláusula.

Pero ¿Qué sucede en aquellos casos en los que un usuario causa un daño, pese a que la cuenta a través de la cual lo causó fue denunciada insistentemente y, de todos modos, la plataforma no hizo nada?

Efecto que tiene en el ordenamiento jurídico colombiano: en principio, la cláusula sería válida si se considera que en Colombia no se responde por hechos de terceros imprevisibles, irresistibles y externos del control del titular del deudor; en otras palabras, cuando el hecho de ese tercero se presente como una causa absoluta de ese daño que se reclama (López Herrera, 2006, citando en Salinas Ugarte, 2011).

Pero, si se logra determinar que la negligencia de la plataforma (dolosa o gravemente culposa) fue la causa suficiente en el desarrollo del daño, esta cláusula sería inválida.

En relación a la sanción concreta que recaería sobre los efectos de la cláusula, son variadas las posiciones; siendo que, para algún sector, la consecuencia cuando ha existido dolo o culpa grave no es la declaratoria de nulidad de la convención, sino su inaplicabilidad (Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.585); mientras que la jurisprudencia sostiene que serán nulas y, por tanto, ineficaces, sin saberse a ciencia cierta cuál es la verdadera sanción (Gual Acosta, 2015).

En este punto, vale aclarar que, se estima, la consecuencia que debe seguir es la nulidad declarada por un juez, al ser un acuerdo que pretende exonerar el dolo y la culpa grave.

- **Cláusula que excluye la indemnización por daños que son consecuencia de fallas en el servicio:**

[no responderán] por daños consecuenciales, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas Condiciones o los Productos de Meta, o en relación con ellos (independientemente de la causa y de cualquier teoría de responsabilidad, incluida la negligencia), incluso si se nos advirtió de la posibilidad de tales daños. (Meta Platforms, 2022)

Efecto que persigue: desde su lectura puede observarse que algunos de los tipos de daños cuya indemnización se pretende excluir no se aplican en Colombia, como es el caso de los punitivos, en consideración a la idea (mayoritaria hasta ahora) de que sólo debe reparar el daño y nada más que el daño (Tovar Torres, 2011, como se citó en Baquero y Ordoñez, 2021); algunos otros no se entienden con total claridad (consecuencias, indirectos, ejemplares, etc.). Esta situación se puede presentar en razón a la estandarización del clausulado de Meta Platforms para facilitar su establecimiento en los distintos países en donde opera.

No obstante, logra deducirse que lo pretendido es excluir cualquier tipo de responsabilidad que surja a raíz de los daños ocurridos por las fallas que puedan

presentar los productos de Meta Platforms. Aquí, el operador busca quitar la indemnización de perjuicios que generen las fallas en su operación.

Efecto en el ordenamiento jurídico colombiano: se cree que de esta cláusula no puede deducirse que el servicio será naturalmente defectuoso; lo que sí es cierto es que procura absolverse de las consecuencias que se presenten en caso de que ocurra alguna falla, estipulación que sería válida, pues la partes pueden pactar la exclusión de la indemnización por la configuración de determinados daños.

Lo inconveniente del referido clausulado está en la pretensión de condonar el dolo futuro cuando plantea que el operador no responderá por los daños causados, incluso si se les advirtió de la virtualidad de su ocurrencia. Por eso, en aquellos eventos, sería un acuerdo que carecería de causa y objeto lícito, el cual, finalmente, se encontraría afectado con su nulidad (Art. 1741 Cod.Com).

En resumen, este clausulado resultará válido sólo en la medida en que excluya la indemnización de algunos daños sobre los cuales el afectado pueda disponer (lucro cesante, daño emergente), a fin de no contrariar el orden público y sus especies (normas imperativas, derechos fundamentales, buenas costumbres); y, además, no se deba a dolo o culpa grave.

- **Cláusula que fijan el régimen legal de las obligaciones y determinan que serán simplemente de medios:**

Nos esforzamos por proporcionar los mejores Productos posibles y establecer normas claras para todas las personas que los usen. No obstante, nuestros Productos se proporcionan "tal como están" y, en la medida en que la ley lo permita, no podemos garantizar que siempre sean seguros, no tengan errores o funcionen sin interrupciones, demoras o imperfecciones. (Meta Platforms, 2022)

Efecto que persigue: fija la regla relativa a que el operador de la plataforma digital no se compromete a obligaciones de resultado respecto al buen funcionamiento de la plataforma.

Efecto en el ordenamiento jurídico colombiano: de la misma forma en como resulta válido que en algunas relaciones las partes acuerden obligaciones de resultado, también lo es que en otras dispongan todo lo contrario, siempre y cuando no haya norma que lo prohíba o establezca necesariamente que la obligación en cuestión será de resultado.

Realizada la precisión anterior, a través de la cláusula analizada lo que se hace es contractualizar la sustracción del compromiso de contraer una obligación de resultado frente al funcionamiento perfecto del servicio. Luego, por defecto, Meta Platforms queda en una situación en donde sólo le es exigible una diligencia media frente a su operación digital.

- **Cláusula de indemnidad patrimonial del deudor:**

Bajo ninguna circunstancia, según el grado máximo permitido por la ley aplicable, seremos responsables ante ti por lucro cesante; pérdida de beneficios, ingresos, información o datos; o por daños consecuenciales, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas Condiciones o los Productos de Meta, o en relación con ellos (independientemente de la causa y de cualquier teoría de responsabilidad, incluida la negligencia), incluso si se nos advirtió de la posibilidad de tales daños. (Meta Platforms,2022)

Efecto que persigue: como se afirmó al momento del estudio de las cláusulas que excluye la indemnización por daños que son consecuencia de fallas en el servicio, en el clausulado estandarizado de Meta Platforms se presentan algunos tipos de daños que no se reconocen en Colombia.

En todo caso, entiéndase que al incluir toda esa tipología de daños cuya indemnidad se pretende, se busca que la cláusula tenga efectos directos sobre el daño y limite la responsabilidad consecuente.

Dicho de otro modo, a través de ellas busca reducirse o eliminar la posibilidad de perseguir la reparación de los perjuicios ocasionados por determinados daños, permitiendo que el deudor resulte patrimonialmente indemne ante cualquier responsabilidad que pueda ser declarada en su contra.

Efecto en el ordenamiento jurídico: estas cláusulas resultaran válidas, siempre y cuando el daño no se deba a una conducta dolosa o gravemente culposa del deudor. En adición, resulta que esta indemnidad sólo se puede predicar respecto de ciertos daños, en particular los de índole material (daño emergente y lucro cesante), mas no sobre aquellos que impliquen la vulneración a derechos fundamentales o supra personales, pues se estaría afectando a la cláusula de nulidad absoluta al ir en contra del orden público.

En relaciones de consumo, este clausulado también se presentan como abusivo. Por ejemplo, en casos de publicidad engañosa, el artículo 30 del Estatuto del Consumidor establece que el anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. De esa manera, al ser una norma que reviste como pública, cualquier disposición en contrario será ineficaz de pleno derecho.

- **Cláusula que regulan la jurisdicción, competencia y ley aplicable al contrato en caso de controversias:**

Si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier demanda, acción o disputa ("demanda") que presentes contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones, o en relación con ellas. Asimismo, puedes resolver tu demanda en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, aceptas que la demanda

se debe resolver de forma exclusiva en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del distrito norte de California o en un tribunal estatal ubicado en el Condado de San Mateo; aceptas someterte a la jurisdicción personal de cualquiera de estos tribunales con el propósito de litigar cualquier demanda; y aceptas también que las leyes del estado de California regirán estas Condiciones, así como cualquier demanda, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes. Sin perjuicio de lo anterior, aceptas que, según su criterio exclusivo, Meta Platforms, Inc. puede presentar cualquier demanda que tengamos contra ti relacionada con intentos de abusar de nuestros productos, o de interferir o interactuar con ellos, de una forma no autorizada en el país en el que residas que tenga jurisdicción sobre la demanda. (Meta Platforms, 2022)

Efecto que persigue: fijar el domicilio contractual de las partes, como también los tribunales que conocerán las disputas y las leyes aplicables para su resolución. Así, respecto a los consumidores⁹ se reconoce que, en caso de controversias, la ley y jurisdicción aplicable será la del país de residencia de este. Sin embargo, para terceros ("...en todos los demás casos"), la regla cambia, determinando que la jurisdicción exclusiva para resolver la controversia será la del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California o de un Tribunal estatal ubicado en el Condado de San Mateo.

Efectos en el ordenamiento jurídico colombiano: hacen parte de aquellas que limitan indirectamente la responsabilidad y tienen la capacidad de generar dificultades para acceder a la administración de justicia en el caso de los terceros.

En el caso puntual de Meta Platforms, esta cláusula resulta clara y válida respecto a los usuarios. Sin embargo, las dificultades se presentan en el caso de quienes no tienen esa característica, pues se trata de terceros ajenos al contrato de uso; por lo tanto,

⁹ Para este efecto, se entienden como consumidores todos los usuarios que han suscrito un contrato de uso con Meta Platforms.

teniendo en cuenta el efecto relativo de los contratos, esta cláusula será inoponible por implicar un defecto de forma en su validez.

Según ese entendido, puede afirmarse que será válida para los usuarios al ajustarse a la competencia territorial definida por el artículo 28 del Código General del Proceso – CGP; ahora, si llegara a ser diferente, conforme al numeral 3° del referido artículo¹⁰, la estipulación se tendrá por no escrita. Por otro lado, será inválida sobre terceros no usuarios por encontrarse estos por fuera del contrato de uso y, por tanto, resultarles inoponibles e inaplicables.

Finalmente, en este apartado debe aclararse que sobre todas las cláusulas que se han analizado se deben tener en cuenta también los requisitos de forma para analizar su validez; luego entonces, cuando se encuentre probado que alguna de ellas no ha sido conocida o aceptada por las partes, será inexistente al ser el consentimiento un requisito para que se pueda predicar la existencia de los actos jurídicos.

La anterior advertencia tiene lugar en la medida en que en la dinámica de aceptación de los términos de uso de Meta Platforms, se ha logrado observar que dicho clausulado no es del todo visible para el potencial usuario que se suscribe. Aunado al hecho de que se asume su lectura con la aceptación del registro, lo que llevaría a generar dificultades probatorias a la hora de establecer si esos acuerdos fueron debidamente aceptados por la parte deudora.

¹⁰ **ARTÍCULO 28. COMPETENCIA TERRITORIAL.** La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas:

(...)

3. En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita.

(....)

CAPÍTULO VI

¿La regulación colombiana actual sobre los efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad es suficiente?

Los efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pactadas por plataformas digitales comportan una serie de dificultades en el ordenamiento jurídico colombiano debido a la normatividad limitada que se tiene al respecto, como también por la poca jurisprudencia que se ha proferido acerca de este tema.

Ahora, aunque si bien en capítulos anteriores se vio que el Estatuto del Consumidor (en aquellas relaciones que se puedan categorizar como de consumo), y el Código de Comercio y el Código Civil (en los demás eventos), ofrecen algunas soluciones, la falta de una legislación especial que tipifique las cláusulas de irresponsabilidad pactadas en relaciones que se desarrollan en el espacio digital, podría generar la solución incoherente de los conflictos que se lleguen a presentar al estar sometida la resolución del caso a una interpretación sin criterios claros o bases sólidas.

Lo expuesto hasta ahora no es un dato menor y resulta ser el verdadero problema de estos acuerdos en el contexto digital, no sólo porque en muchos casos no se sabe a ciencia cierta cuál es la sanción que recae sobre la cláusula que resulte como abusiva (nulidad, ineficacia, inexistencia), sino porque tampoco están determinados los mecanismos que permitan la exigibilidad de las ordenes legales o judiciales que recaigan sobre las plataformas digitales.

A partir de ahí, el presente capítulo estará dedicado a plantear algunas soluciones a esta problemática, con el soporte de algunas experiencias internacionales. Por eso, en el primer segmento se abordará la dificultad que implica determinar el verdadero efecto de una cláusula y las soluciones que se han ofrecido; entre tanto, el segundo segmento estará dirigido a demostrar la poca eficacia que tienen las sanciones normativas sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad de las PD.

(i) Dificultad que implica determinar el verdadero efecto de una cláusula y las soluciones que se han ofrecido

A lo largo de esta investigación se ha observado que la doctrina en muchos casos se refiere de manera indiscriminada, como ineficaces o invalidas, a las sanciones que recaen sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando superan los límites aceptados para su ejercicio, sin precisar cuál es el efecto concreto que la afectaría y el criterio a tomar para ese propósito, lo que en muchos casos genera dudas acerca de si definitivamente son distintos los regímenes sancionatorios o si, por el contrario, se trata de una simple imprecisión conceptual.

En *Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, se plantea así esta problemática:

En general, los límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pueden englobarse en un concepto amplio de orden público y con base en eso cualquier cláusula contraria al orden público sería nula por objeto ilícito. Ahora bien: si se considera que la cláusula es abusiva, la sanción aplicable no es clara pues existe inquietud sobre la multitud de sanciones legales y jurisprudenciales disímiles en torno a esta problemática. Algunos han considerado que la figura aplicable en estos casos debería ser la ineficacia de pleno derecho o la nulidad absoluta, o incluso se ha afirmado que hay casos en los cuales la cláusula debe considerarse inexistente, como sucede con las “cláusulas sorpresivas” por ausencia de consentimiento.” (Bernal Fandiño, 2019, p. 205).

Para Sarasti Arce (2018) dicha indefinición se presenta porque no hay una medida absoluta que logre determinar de manera automática la sanción a aplicar sobre estas cláusulas “(...) pues en gran parte, su validez y eficacia está determinada por el tipo de limitación de responsabilidad que imponga y de forma la redacción de la misma” (p.32).

Incluso, en relaciones de consumo, que al gozar de norma especial cuentan con un estatuto más robusto, se siguen presentando dudas alrededor de la sanción a aplicar cuando la cláusula restrictiva de responsabilidad termina siendo abusiva. Así, mientras el artículo 42 del

EC sostiene que las cláusulas abusivas son ineficaces de pleno derecho, más adelante, en el artículo 44 de esa norma, se dispone que “(...) *La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato*”, sin precisar en qué casos se predicará la nulidad y en qué otros eventos la ineficacia.

En cuanto a la antinomia normativa que se presenta en el EC, la doctrina ha ofrecido la siguiente solución:

La coexistencia de estos dos tipos de sanciones respecto de las cláusulas abusivas en el derecho de consumo puede interpretarse, a falta de claridad legal, en el sentido de que la nulidad se debe aplicar respecto de cláusulas abusivas que correspondan a la definición general que da la ley puesto que esta sanción requiere de declaración judicial y deberá el juez analizar si en el caso concreto la cláusula es o no abusiva, mientras que se aplicará la ineficacia de pleno derecho cuando la cláusula se encuentre en la lista establecida.

Esta posible interpretación nos ofrece una salida frente a la oscura redacción del Estatuto sobre las sanciones de las cláusulas abusivas. (Bernal Fandiño, 2019, p. 205-206).

Ahora, todo esto demuestra la problemática que implica la falta de normatividad especial para aquellos acuerdos de irresponsabilidad que se establecen para el uso de las plataformas digitales; máxime cuando aquellas normas a las que se recurre como subsidiarias no ofrecen demasiadas certezas.

Una salida a esta imprecisión, la cual ha sido utilizada en otros ordenamientos jurídicos, es la de enlistar las cláusulas en determinados grupos sobre los que recae la misma sanción. El sistema europeo de cláusulas abusivas es una muestra de ello cuando se compone de listas de cláusulas que pueden ser blancas, grises o negras¹¹.

¹¹ Sobre este tipo de cláusulas véase: Díaz Lindao, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista de derecho Privado*, (23), 127–178. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>

En Colombia, en el libro *Modernización de las obligaciones y los contratos*, se realizan algunos esfuerzos de agrupación de las cláusulas cuando se plantea que la sanciones a aplicar son la nulidad absoluta por objeto ilícito o la ineficacia de pleno derecho:

(...) En el derecho colombiano existe la presunción de validez de los actos jurídicos, por lo cual lo que adolezcan de una causal de nulidad son eficaces hasta que quede en firme una sentencia judicial que así lo declare. De no intentarse la acción correspondiente, el contrato se entenderá saneado y el vicio purgado, en los casos en que esta era susceptible de ratificación, y en todo caso se entenderá saneado por la prescripción extraordinaria. Pero, se encuentran los casos en los que la ley determina, de antemano en forma taxativa, que cierta cláusula es ineficaz de pleno derecho o “se tendrá por no escrita”, evento en el cual no se requiere declaración del juez. (Castro de Cifuentes, 2015, p. 147).

De acuerdo con ello, se entiende que esta caracterización inicial puede ofrecer una solución al tema, sin dejar de lado que otro tipo de sanción a aplicar es la inoponibilidad, entendida como aquella que se predica en favor del tercero ajeno al contrato cuando dicho negocio jurídico no cumple los requisitos de publicidad que la ley exija (Art. 901 C. Com).

Finalmente, y en resumen de lo expuesto hasta ahora, se agrupan las sanciones que recaen sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad establecidas por Meta Platforms de la siguiente manera:

Sanción a aplicar	Operación de la sanción	Cláusulas a las que se le aplica la sanción	Ejemplo
Nulidad absoluta (Artículos 1518, 1523, 1741 y 1742 del Código Civil; artículo 899 del Código de Comercio)	Requiere de declaración judicial.	- Esta sanción aplica sobre cláusulas cuya interpretación dé lugar a inferir que tienen la virtualidad de contravenir el orden	- Clausulas que eliminan la obligación de seguridad: aplica la nulidad por objeto ilícito al ir en contra del orden público.

		<p>público y/o pretendan exonerar de responsabilidad por daños ocasionados con dolo o culpa grave.</p> <p>- Cuando el acuerdo carezca de causa y objeto lícito.</p> <p>- En relaciones de consumo, la nulidad recae sobre aquellas cláusulas que tengan la connotación de abusivas, pero que no se enmarquen expresamente en aquellas que tipifica el artículo 43 del E.C.</p>	<p>- Cláusula que excluye la indemnización por daños que son consecuencia de fallas en el servicio: cuando la falla se deba a dolo o culpa grave del deudor, aplicará la nulidad absoluta.</p>
<p>Ineficacia o Inexistencia¹² (Artículo 897 y 898 del Código de Comercio)</p>	<p>Opera de pleno derecho.</p>	<p>- Recae sobre aquellas cláusulas que logran suprimir elementos esenciales del contrato.</p>	<p>- Clausulas que eliminan garantía de eficiencia y buen funcionamiento: esta garantía no puede eliminarse</p>

¹² Son los mismos conceptos, aunque se traten como diferentes. Al respecto, consúltese: Uribe Vargas, H. (2010). La ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado colombiano. *Criterios*, 3(1), 19–43. <https://doi.org/10.21500/20115733.1927>

		<ul style="list-style-type: none"> - Todas aquellas cláusulas en las que no esté clara la manifestación del consentimiento del sujeto a cargo. - Las que en relaciones de consumo se establezcan dentro de aquellas que tipifica el artículo 43 del E.C. - Todas aquellos a las que la ley les imponga expresamente este efecto. 	<p>por estar ligada a la prestación esencial de entregar en la misma calidad buscada por el adquirente (Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.596).</p> <p>Bajo ese supuesto, el negocio carecería de causa al verse afectada directa o indirectamente la obligación esencial Tamayo Jaramillo, 2007. Tomo II, p.582)</p> <p>Encuentra fundamento en el artículo 932 del C.Com.</p>
Inoponibilidad	Opera de pleno derecho y es una especie de la ineficacia.	-Esta sanción recae sobre aquellas que pretenden ser impuestas a terceros ajenos al contrato que no	-En la cláusula que regula la jurisdicción, competencia y ley aplicable al contrato, cuando se pretende aplicar a

		<p>tuvieron la oportunidad de discutir las o aceptarlas. Así, en virtud del principio de relatividad contractual (contrato es ley para las partes), este tipo de cláusulas termina siendo inoponible.</p>	<p>terceros no usuarios, el efecto que recaería sería la inoponibilidad. Aun así, el numeral 3° del artículo 28 del CGP declara la inexistencia de cualquier estipulación relativa al domicilio contractual para efectos judiciales.</p> <p>- Cláusulas que excluye consecuencias de fallas en el servicio: esta cláusula pretende una indemnidad punitiva que, además de ir en contra del orden público, no es oponible a la autoridad al no hacer parte del contrato.</p> <p>-Cláusulas que pretenden exonerarse de los daños causados a terceros: van en</p>
--	--	---	---

			contra del principio de relatividad de los contratos que establece que el contrato es ley para las partes.
--	--	--	--

(ii) Herramientas para la ejecución de las órdenes legales o judiciales que recaigan sobre las plataformas digitales

Otra de las tantas dificultades de las actividades realizadas en el espacio digital es su control efectivo, especialmente cuando en la mayoría de los casos los operadores digitales no tienen un domicilio establecido en el país. Surge entonces la duda de si estas plataformas están realmente sujetas a las leyes nacionales o si, por el contrario, pueden evadirlas sin enfrentar consecuencias significativas.

Ahora, si bien el contrato de uso es una herramienta útil para formalizar la relación jurídica que surge entre el operador digital y el usuario por la utilización de la plataforma, facilitando a su vez la determinación de las partes y su vinculación a un eventual proceso en caso de controversias; no es menos cierto que el problema se extiende hasta las cláusulas restrictivas de responsabilidad analizadas en este trabajo y que son pactadas por Meta Platforms, puesto que no basta únicamente con delimitar a las partes y las eventuales sanciones que recaen sobre el clausulado en cuestión, sino que también se debe procurar que las mismas sean efectivas.

Entonces, aunque en sus términos de servicio algunas plataformas digitales aceptan someterse condicionadamente a la legislación nacional, surgen dudas acerca del alcance de esa afirmación cuando sus estipulaciones base generan controversias al ir en contra del ordenamiento jurídico nacional¹³. En España, por ejemplo, esta problemática se vio latente en el

¹³ En las condiciones de uso de Facebook del 26 de julio de 2022, se acepta que la legislación a aplicar en caso de controversias con los usuarios será la colombiana; no obstante, ello no es así respecto de terceros no usuarios: “Si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier

proceso sancionador PS/00345/2013 que adelantó la Agencia Española de Protección de Datos en contra de Google Inc., y Google Spain, ante el cambio en la política de privacidad de dichos operadores que iba en contra de la normatividad de ese país. En su defensa, Google rechazó la aplicación de la ley española sobre la operación digital que realiza:

Google rechaza rotundamente que esté sujeto a los requisitos de protección de datos de la legislación española, excepto para aquellos casos concretos en que ha notificado operaciones de tratamiento de datos a la Agencia (StreetView). Como entidad estadounidense, utiliza medios para el tratamiento de datos que no están localizados dentro de la jurisdicción española y, por tanto, no entra dentro de los criterios de aplicación territorial que preceptúa el artículo 2.1.c) de la LOPD. (Agencia Española de Protección de Datos, Resolución R/02892/2013, 2013a)

Aun así, la Agencia Española de Protección de Datos concluyó que Google Inc., utiliza cookies y otros mecanismos para recolectar y tratar datos de los españoles, por lo que está sometida a la legislación de ese país:

Por lo tanto, cabe concluir que la protección conferida por la LOPD es aplicable al presente supuesto y, por ende, la Agencia Española de Protección de Datos es competente para la tramitación del presente procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.a) de la citada Ley Orgánica.

En todo caso, e incluso en los supuestos en los que el servicio no se financia con la publicidad, la entidad Google Inc. recurre a medios situados en el territorio español con el fin de captar información en nuestro territorio (utilizando, entre otros, los equipos de los usuarios residentes en España para almacenar información de forma local a través de cookies y otros medios, así como ejecutando código en dichos dispositivos), sin que la utilización de tales equipos para la recogida de datos se realice exclusivamente con fines de tránsito por el territorio de la Unión Europea, es decir, no se trata de

demanda, acción o disputa ("demanda") que presentes contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones, o en relación con ellas. (...) En todos los demás casos, aceptas que la demanda se debe resolver de forma exclusiva en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del distrito norte de California o en un tribunal estatal ubicado en el Condado de San Mateo; aceptas someterte a la jurisdicción personal de cualquiera de estos tribunales con el propósito de litigar cualquier demanda; y aceptas también que las leyes del estado de California regirán estas Condiciones, así como cualquier demanda, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes." https://www.facebook.com/help/581066165581870/?helpref=uf_share

equipos de transmisión, sino que dichos equipos se emplean para la recogida y tratamiento de los datos. (Agencia Española de Protección de Datos, Resolución R/02892/2013, 2013b)

Recientemente, en Colombia se materializaron dificultades similares en el caso Esperanza Gómez Silva Vs Facebook Colombia S.A.S¹⁴. Allí, Esperanza Gómez Silva, una reconocida modelo y actriz de entretenimiento para adultos, se encontró con el cierre de su cuenta de Instagram debido a la presunta violación de las normas comunitarias de la red social al ofrecer servicios sexuales. Sin embargo, el problema se hizo evidente cuando la solicitud de la accionante, relativa a restablecer su cuenta de Instagram que contaba con aproximadamente 5 millones de seguidores, resultó ser inviable en razón a que Facebook S.A.S., sociedad establecida en Colombia y demandada en el asunto, no tendría injerencia en la operación que realiza Meta Platforms sobre la operación de sus redes sociales.

A raíz de los problemas que traía consigo este caso, el 15 de noviembre de 2022, la Corte Constitucional llevó a cabo la Sesión Técnica sobre Libertad de Expresión en Redes Sociales, en donde se trató, entre otros, lo relativo a lo complicado que resulta imponer las leyes nacionales a plataformas extranjeras que desarrollan su actividad desde el espacio digital.¹⁵

Ante la cuestión de si se le podía exigir a Facebook S.A.S. la materialización de unas eventuales órdenes judiciales que diera la Corte, Reyes Villamizar planteaba que sí era posible en la medida en que, si bien la empresa principal es Meta Platforms inc., había una unidad de propósito y dirección con su filial establecida en Colombia, Facebook SAS., con fundamento en lo dispuesto en la Ley 222 de 1995¹⁶.

A pesar de lo anterior, en intervención del profesor Henry Sanabria Santos en la referida sesión, de acuerdo con el artículo 473 y siguientes del Código de Comercio, las sociedades

¹⁴ Expediente T-8.764.298 de la Corte Constitucional.

¹⁵ Corte Constitucional. (2022, noviembre 15). Sesión técnica sobre libertad de expresión en redes sociales [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=SCPr0_pdjNw

¹⁶ "Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones."

extranjeras no tienen la obligación de establecer sucursales o apoderados generales en Colombia, por lo que surge el siguiente cuestionamiento: ¿Qué sucede en aquellos casos en que la plataforma no tiene establecida una sucursal o apoderado general en Colombia?

Para Sanabria Santos, la salida a este asunto se encuentra en el artículo 58 del CGP, el cual dispone:

Las personas jurídicas extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia estarán representadas en los procesos por el apoderado que constituyan con las formalidades previstas en este código. Mientras no lo constituyan, llevarán su representación quienes les administren sus negocios en el país (Sesión técnica sobre libertad de expresión en redes sociales - Corte Constitucional, 2022).

De ese modo, propone que la vinculación de la empresa extranjera se efectuará vinculando al representante constituido en Colombia y, a falta de este, corresponde vincularlo desde el exterior. En adición, descartó que, por el solo hecho de utilizar la marca, Facebook S.A.S. fuera vinculada al proceso, precisamente porque no maneja la red social.

Con eso, las soluciones no parecen ser del todo claras en el supuesto en que la plataforma no tenga en Colombia representante, sucursal, filial, etc., y sea renuente a atender el llamado normativo o judicial que sobre ella recae en el país.

Ahora, aunque el ordenamiento jurídico colombiano, instituido como está hasta ahora no tiene soluciones especialmente dedicadas a ese asunto, el poder coercitivo del estado ofrece un abanico de posibilidades en el que se pueden recoger experiencias de otros países y procurar el cumplimiento mediante diferentes medidas judiciales, en cuyo caso cobrará especial relevancia las medidas cautelares innominadas¹⁷, entendidas como aquellas “(...) cuyo

¹⁷ Las medidas cautelares innominadas se encuentran reguladas por el literal c) del numeral 1° del artículo 590 del Código General del proceso, así: “**ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS.** En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

(...)

contenido se encuentra indeterminado para que sea la autoridad judicial quien se encargue de elaborar aquella que resulte más adecuada para el caso específico que en ese momento se encuentre resolviendo” (Sandoval Gutiérrez, 2020, p .4).

Entonces bien, algunas medidas o poderes de ejecución que se han hallado en el contexto digital para lograr la responsabilidad de las plataformas digitales son:

1. Medidas de responsabilidad del representante legal (Ley de Servicios Digitales, UE);
2. Órdenes de restricción de servicios -Service restriction orders (Ley de seguridad en línea del Reino Unido); y
3. Órdenes de restricción de acceso - Access restriction orders (Ley de seguridad en línea del Reino Unido).

1. Responsabilidad del representante legal: esta medida busca atribuir responsabilidad a un sujeto determinado con el fin de procurar el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al operador de la PD. Sin embargo, lo problemático surge cuando a quien se designa como representante no tiene demasiada incidencia para procurar el cumplimiento de esa obligación en cuestión.

Frente a eso, se tiene que la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea planteó que los prestadores de servicios intermediarios establecidos en otro país, pero que ofrezcan servicios a la Unión, “(...) *deben designar a un representante legal en la Unión suficientemente habilitado y proporcionar información a las autoridades pertinentes relativa a sus representantes legales y hacerla pública”* (Ley de Servicios Digitales [UE]. Sobre un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Octubre 27 de 2022. DO. de la UE N° L 277/1). Dicho representante, además, deberá contar con suficientes poderes y recursos que le permitan

c) **Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.** (Subraya y negrilla fuera de texto)

cooperar con las autoridades, y será responsable en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Sobre la obligatoriedad de designar un representante y la responsabilidad de este, lo plantea así la norma referenciada:

Artículo 13. Representantes legales

1. Los prestadores de servicios intermediarios que no tengan un establecimiento en la Unión pero que ofrezcan servicios en la Unión designarán, por escrito, a una persona física o jurídica para actuar como su representante legal en uno de los Estados miembros en los que el prestador ofrezca sus servicios.

2. Los prestadores de servicios intermediarios mandatarán a sus representantes legales, además o en lugar de dichos prestadores, con el fin de ser los destinatarios de las comunicaciones enviadas por las autoridades competentes de los Estados miembros, la Comisión y la Junta sobre todas las cuestiones necesarias para la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las decisiones adoptadas en relación con el presente Reglamento. Los prestadores de servicios intermediarios otorgarán a su representante legal las facultades necesarias y recursos suficientes para garantizar su cooperación eficiente y en tiempo oportuno con las autoridades competentes de los Estados miembros, la Comisión y la Junta, y cumplir dichas decisiones.

3. El representante legal designado podrá ser considerado responsable por el incumplimiento de las obligaciones en virtud del presente Reglamento, sin perjuicio de la responsabilidad del prestador de servicios intermediarios y de las acciones legales que puedan iniciarse contra este.

(...). (Ley de Servicios Digitales [UE]. Sobre un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Octubre 27 de 2022a. DO. de la UE N° L 277/1)

Más adelante, y ante el incumplimiento de designar a un representante, se dispone:

Artículo 56. Competencias (...) 7. Si un prestador de servicios intermediarios no designa a un representante legal de conformidad con el artículo 13, todos los Estados miembros y, en el caso de un prestador de una plataforma en línea de muy gran tamaño o de un motor de búsqueda en línea de muy gran tamaño, la Comisión dispondrán de competencias de supervisión y de garantía

del cumplimiento de conformidad con el presente artículo. (Ley de Servicios Digitales [UE]. Sobre un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Octubre 27 de 2022b. DO. de la UE N° L 277/1)

En ese orden de ideas, obsérvese que el éxito de este poder de ejecución radica en la obligatoriedad de la designación de un representante del operador de la plataforma digital en el país, con suficientes poderes y responsabilidad que le permitan ofrecer el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden a la PD en el país en donde opera; de no ser así, es una medida que no ofrece ninguna eficacia sustancial, como sucede actualmente en Colombia con fundamento en el artículo 58 del CGP y 473 y siguientes del Código de Comercio, que no disponen la obligatoriedad de constituir representante legal o apoderado en el país.

2. Órdenes de restricción de servicios (Ley de seguridad en línea del Reino Unido):

en el año 2023 se expidió la Ley de Seguridad en Línea (Online Safety Act 202) con el propósito de establecer “(...) *un nuevo marco regulatorio cuyo objetivo general es hacer que el uso de los servicios de Internet regulados por esta Ley sea más seguro para las personas en el Reino Unido*”¹⁸. Igualmente, a partir de esta Ley, los proveedores de contenidos están obligados a actuar de manera responsable y preventiva en su operación digital, so pena de la imposición de sanciones que van desde la eliminación de determinado contenido, hasta la eliminación completa de un servicio de la internet británica.

Entre las sanciones, se encuentran (precisamente) las órdenes de restricción de servicios¹⁹. Como su nombre lo indica, esta medida que puede ser definitiva o provisional, busca restringir algunos servicios ofrecidos por el operador, bloquear contenido con el propósito de

¹⁸ Parte 1. Introducción. N°1. De la Ley de seguridad. Texto original dice: “(1)This Act provides for a new regulatory framework which has the general purpose of making the use of internet services regulated by this Act safer for individuals in the United Kingdom”. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>

¹⁹ Artículo 144 y ss., del Capítulo 6 de la Ley de Seguridad en Línea – UK.

forzar el cumplimiento de sanciones, requisitos exigibles, cuando el incumplimiento ponga en riesgo a las personas del Reino Unido, etc.²⁰

3. Ordenes de restricción de acceso (Ley de seguridad en línea del Reino Unido): otro de los poderes de ejecución planteados en la Ley de Seguridad en Línea (Online Safety Act 2023), es la orden de restricción de acceso, la cual parece ser más compleja y general. Con ella se procura restringir el acceso completo de determinado servicio. Cuando se impone esta sanción, los proveedores de servicios de internet deben impedir que las personas del Reino Unido accedan al servicio en cuestión. Incluso, esta medida permite que también se le puede solicitar a las tiendas de aplicaciones que eliminen una aplicación para que los usuarios del Reino Unido no puedan descargarla.

Algunas de las causales para imponer este tipo de sanción es el incumplimiento de algún requisito exigible para la prestación del servicio, que dicho incumplimiento ponga en riesgo a los usuarios o que previamente se haya dictado una orden de restricción de servicios y esta no haya sido suficientes para evitar que se produzcan daños significativos a los usuarios del Reino Unido.²¹

Bajo esta premisa, se sugiere que las medidas de coerción antes referenciadas sirven como precedente para que Colombia, ojalá prontamente, establezca su propio marco regulatorio para las plataformas digitales que operan en el país. Pero, mientras tanto, se considera que la experiencia internacional ofrece soluciones que, aunque no sean exactamente replicables en el marco jurídico colombiano, podrían ser implementadas a través de medidas cautelares innominadas dictadas por un juez en los procesos judiciales que cursen en el país.

²⁰ Ver causales de imposición de órdenes de restricción de servicios en Num. 3° Artículo 144 y ss, del Capítulo 6 de la Ley de Seguridad en Línea – UK.

²¹ Ver causales de imposición de órdenes de restricción de servicios en Num. 1° Artículo 146 y ss, del Capítulo 6 de la Ley de Seguridad en Línea – UK.

Ilustrando lo expuesto, piénsese en el caso del tercero no usuario que adelanta un proceso judicial en contra de una red social, pretendiendo que se declare su responsabilidad por los sucesivos daños que estaría causando la operación de esta al no eliminar un contenido difamatorio dirigido en contra de una empresa de propiedad del accionante. Ante los requerimientos previos del afectado, la red social opone una cláusula de indemnidad con la que pretende dar cuenta que no es responsable del daño que causa el contenido publicado por sus usuarios. Además, sostiene que, de acuerdo con sus términos de servicio, la ley aplicable en controversias con terceros no puede ser la colombiana sino la de California.

En el anterior ejemplo, el demandante puede alegar la inoponibilidad de la cláusula y solicitar una medida cautelar innominada con características similares a la orden de restricción de servicios para procurar el cumplimiento de la eventual orden judicial mediante medidas coercitivas concretas, correspondiéndole en últimas al juez, conforme a la gravedad del asunto, evaluar si la misma resulta proporcional.

Finalmente, a pesar de los desafíos encontrados, es factible abordar las cláusulas restrictivas de responsabilidad acordadas por plataformas digitales como Meta Platforms mediante ciertas disposiciones legales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, para fortalecer el derecho y evitar la inseguridad jurídica derivada de soluciones incoherentes, es imperativo contar con una legislación especial que regule los nuevos contratos que tanto consumidores como no consumidores están celebrando con las plataformas digitales que operan en el país. En este sentido, sería útil examinar experiencias internacionales, como la reciente Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea y la Ley de Seguridad en Línea del Reino Unido, que se encuentran a la vanguardia en este ámbito.

Conclusiones

En el transcurso de este escrito se ha resaltado la importancia histórica de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil en diversos contratos, destacando sus ventajas en términos de rapidez y reducción de costos. Sin embargo, también se ha señalado que estos beneficios dieron lugar a abusos, lo que llevó a la necesidad de limitar dichas cláusulas para evitar ese tipo de situaciones.

No obstante, siguen siendo importantes en varios contratos, incluyendo aquellos relacionados con plataformas digitales. Ahora, en el caso específico de Meta Platforms, se observó que muchas de sus cláusulas no son válidas bajo el ordenamiento jurídico colombiano, ya sea por defectos de fondo o de forma, surgiendo así la necesidad de establecer criterios para determinar la normatividad aplicable y las sanciones correspondientes.

Sobre el régimen clausular a aplicar, se sostuvo que depende de si el evento exonerativo surge de una relación de consumo o de una relación ordinaria. Ello quiere decir que, cuando la relación está destinada al consumo, se aplica un marco específico, de tal modo que la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad está limitada por el régimen de cláusulas abusivas del Estatuto del Consumidor; mientras que cuando el evento cubierto por la cláusula ocurre fuera de una relación de consumo, esta se somete a un análisis de validez conforme a las normativas ordinarias, como el Código de Comercio y el Código Civil

Por otro lado, se identificaron tres tipos de sanciones para las cláusulas exonerativas de responsabilidad civil pactadas por de Meta Platforms: nulidad absoluta, ineficacia de pleno derecho e inoponibilidad.

Con todo, la ejecución de estas sanciones es problemática cuando la plataforma no tiene presencia legal en el país, especialmente porque Colombia carece de una regulación específica frente a estos eventos. Por eso, se planteó la importancia del uso de medidas cautelares innominadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

La experiencia internacional ofrece soluciones, como la responsabilidad del representante legal establecida en la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea, y las órdenes de restricción de servicios y acceso de la Ley de Seguridad en Línea del Reino Unido; las cuales podrían ser adaptadas para mejorar la ejecución de sanciones en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Balduzzi, L. D. . (2021). El Contrato de Uso de Plataforma Digital: La Estructura Jurídica de los Modelos de Negocio de la Economía Colaborativa. *Revista De La Facultad De Derecho*, 11(2), 207–230. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/32709/33375>
- Bernal Fandiño, M. (2019). Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil. *Anuario de derecho privado*, ISSN-e 2665-2714, N.º 1, 185-214. <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/06-Bernal.pdf>
- Cárdenas Villarreal, H. & Reveco Urzua, R. (2021). Remedios Contractuales. Editorial Temis.
- Díaz Lindao, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista de derecho Privado*, (23), 127–178. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>
- Gual, J. (2015). Cláusulas de irresponsabilidad: Entre asimetría, equilibrio y abusividad Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/gpd-clausulas-de-irresponsabilidad-entre-asimetria-equilibrio-y-abusividad.html>
- López Herrera, E. (2006). Teoría General de la Responsabilidad Civil. Lexis Nexis Argentina.
- Márquez, José Fernando y Moisset de Espanés, Luis. (2011). La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Consumidor. Dora Szafir. Tomo II, La Ley, 2011.
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2021). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis.
- Ordoñez, N. & Baqueron, L. I. (2021). *La institución jurídica de los daños punitivos y su aplicación en distintas legislaciones*. <http://hdl.handle.net/10554/57554>.
- Rojas Quiñones, S. (2021). Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas. *Vniversitas*, 70, 1–34. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.pidp>

- Salinas Ugarte, Gastón. (2011). Responsabilidad civil contractual. Tomo I. Editorial Legal Publishing Chile.
- Sandoval Gutiérrez, J. F. (2020). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y su capacidad de afectación a los consumidores. *Vniversitas*, 69, 1–17. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.mcip>
- Sarasti Arce, C. (2018). Restricciones al alcance de las cláusulas que limitan la responsabilidad civil contractual en los contratos privados de libre negociación en Colombia. Uniandes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/34719/u808393.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sayas-Contreras, R., & Tovío-Flórez, J. D. (2015). Criterios para establecer el ámbito de aplicación del Nuevo Estatuto del Consumidor. *Vis Iuris. Revista De Derecho Y Ciencias Sociales*, 2(3), 111–126. <https://doi.org/10.22518/vis.v2i32015.952>
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 53(108), 281–315. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>
- Tamayo Jaramillo, Javier (2007). Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. Editorial Legis.
- Tobar Torres, J.A. (2011). Los Daños Punitivos y las Oportunidades de Aplicación en Colombia. *Revista Republicada*, (11), 155-167.
- Velásquez Posada, Obdulio (2013). Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Temis.

Ley

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia)
- Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Junio 16 de 1971 (Colombia)
- Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. Julio 12 de 2012 (Colombia)

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995.

DO. N° 42.156

Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las

entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Agosto 21 de 1999. DO. N°

43.673

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO. N° 48220.

Ley de Servicios Digitales (UE). Sobre un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Ley de servicios digitales). Octubre 27 de 2022. Diario

Oficial de la Unión Europea N° L 277/1. [https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065)

[content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065)

Ley de Seguridad en Línea - Online Safety Act 2023 (UK). Una ley para prever y en relación con la regulación por parte de OFCOM de ciertos servicios de Internet; por y en relación con

delitos de comunicación; y para fines relacionados. Octubre 26 de 2023.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/introduction/enacted>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-341 de 2006 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; mayo 3 de 2006)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008 de 2010 (M.P. Jaime Araujo Rentería; diciembre 9 de 2010)

Corte Constitucional. Auto 1678 de 2022 (M.S. Natalia Ángel Cabo; noviembre 4 de 2022)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia G. J. CXLII, p. 96 y ss. (M.P. Humberto Murcia Ballén; marzo 6 de 1972)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005, Exp. No. 5000131030011999-04421-01. (M.P. César Julio Valencia Copete)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 043662000 de 2011. (M.P. William Namén Vargas; septiembre 8 de 2011)

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 16- 155160- -00001-0000. Julio 26 de 2016. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/sic-concepto-16-155160-00001-0000/>

Agencia Española de Protección de Datos. Resolución R/02892/2013. https://e00-el mundo.uecdn.es/documentos/2013/12/19/resolucion_google.pdf

Video de YouTube

Corte Constitucional. (2022, noviembre 15). Sesión técnica sobre libertad de expresión en redes sociales [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=SCPr0_pdjNw