

El contrato de cesión de datos personales y sus implicaciones de derecho mercantil

Jesús Dávila*
Maria Paola Gomez S.**
RVDM, Nro. 10, 2023, pp-277-296

Resumen: En el mundo actual, el intercambio de información es la base de la revolución tecnológica y del dominio del ciberespacio como medio esencial para “materializar” las relaciones humanas en la modernidad, en otras palabras, la información es el *currency* esencial de un mercado, es la sangre que permite que el sistema siga existiendo. Desde esta perspectiva, se hace necesario entender cuáles son las implicaciones jurídicas de este vertiginoso entorno. Ciertamente, la definición de información es clave en la determinación de la aplicabilidad de las distintas normas del derecho. Con este artículo nos proponemos revisar las bases conceptuales y el desarrollo legal entorno al tema en derecho comparado para demostrar el carácter mercantil de los contratos de cesión de datos.

Palabras clave: cesión de datos, protección de datos, derecho mercantil.

The contract for the transfer of personal data and its commercial law implications

Abstract: *In today's world, the exchange of information is the basis of the technological revolution and the domain of cyberspace as an essential means to “materialize” human relations in modernity, in other words, information is the essential currency of a market, it is the blood that allows the system to continue to exist. From this perspective, it is necessary to understand what the legal implications of this dizzying environment are. Certainly, the definition of information is key in determining the applicability of the different norms of law. With this article we intend to review the conceptual bases and the legal development around the subject in comparative law to demonstrate the commercial nature of data transfer contracts.*

Keywords: *Transfer of data, data protection, commercial law.*

Recibido: 19/04/2023
Aprobado: 30/06/2023

* Abogado *Cum Laude* UCAB. Director y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.
** Abogado de la Universidad Nororiental Privada Gran Mariscal de Ayacucho.

El contrato de cesión de datos personales y sus implicaciones de derecho mercantil

Jesús Dávila*
Maria Paola Gomez S.**
RVDM, Nro. 10, 2023, pp-277-296

“Digital freedom stops where that of users begins... Nowadays, digital evolution must no longer be offered to a customer in trade-off between privacy and security. Privacy is not for sale, it’s a valuable asset to protect.”

Stephane Nappo

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Breves comentarios preliminares sobre la contratación mercantil. 2. Concepto de información personal, apropiabilidad y su clasificación vis a vis el derecho mercantil. 2.1. “Toda información”. 2.2. “Sobre”. 2.3. “Identificada o identificable”. 2.4. “Persona física”. 3. El contrato de cesión de datos personales, tipicidad e inclusión dentro de la clasificación de los contratos mercantiles. 4. Implicaciones de derecho público. 5. El principio de la autonomía de la voluntad. 6. Efectos de la mercantilidad de los contratos de cesión de datos personales. 6.1 jurisdicción mercantil. 6.2. Interpretación e integración de los contratos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los estudios sobre el tema digital, la gran preocupación que se plantea desde el derecho -fundamentalmente desde el derecho público- es la protección de la información personal de los usuarios de la “digitalidad” y como esa información se construye desde una teoría del derecho a la privacidad. Estos estudios -que normalmente se inician desde el derecho constitucional- plantean la redefinición del derecho al honor y a la privacidad, frente a las relaciones de los usuarios con los gigantes comerciales que en su afán de generar plataformas más sectorizadas de consumidores (*digital and smart marketing*), utilizan complejos algoritmos y programas de inteligencia artificial que, permiten determinar los perfiles de los usuarios y de esta manera volverlos objetivos claros de una publicidad creada para ellos. Dicho de otra manera, el gran reto es generar mecanismos de contención legal para apoyar a los usuarios en su

* Abogado *Cum Laude* UCAB. Director y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

** Abogado de la Universidad Nororiental Privada Gran Mariscal de Ayacucho.

lucha por mantener ámbitos personales de privacidad que no puedan ser violados por estas grandes compañías.

La solución generalizada ha sido la formulación de normas para regular con cierta agresividad de una parte (i) la recopilación de la información y de otra, (ii) la manipulación de dicha información. Todo lo anterior aparejado de un sistema de control administrativo, i.e., creación de órganos o entes de regulación administrativa que vigilen el mercado y/o establezcan recomendaciones y buenas prácticas con respecto a estos temas.

Ahora bien, lo anterior sugiere que en el análisis de la problemática donde se triangula la data personal, el entorno digital y los derechos humanos/fundamentales, se deje a un lado un elemento esencial para la revisión de la situación planteada: el contenido contractual de todos estos asuntos. La finalidad es determinar la naturaleza jurídica de los espacios contractuales que, necesariamente se generan con ocasión de la circulación de la información personal en el entorno digital.

En este contexto, el problema radica en cómo el derecho privado determina su aplicabilidad a las relaciones contractuales propuestas por la circulación de la información. En este trabajo, planteamos revisar las implicaciones contractuales, específicamente de derecho mercantil, del contrato de cesión de información personal.

Para lo anterior, proponemos un plan de trabajo en los siguientes términos: (i) breves comentarios preliminares sobre la contratación mercantil, (ii) concepto de información personal y su clasificación *vis a vis* el derecho mercantil; (iii) el contrato de cesión de datos personales, tipicidad e inclusión dentro de la clasificación de los contratos mercantiles, (iv) implicaciones de derecho público, (v) efectos de la mercantilidad de los contratos de cesión de datos personales, (vi) conclusiones y reflexiones.

1. Breves comentarios preliminares sobre la contratación mercantil

La definición del contrato como categoría jurídica es una que prácticamente es consabida por cualquier estudiante de derecho; es más, podemos afirmar que el concepto de contrato para el común de la gente se configura en la idea de acuerdo, es decir, en la idea de que dos voluntades se cruzan y generan un efecto vinculante entre ellas. Es conveniente rescatar la definición del Prof. Melich, cuando indica:

El contrato es, pues, un negocio jurídico bilateral capaz de crear, reglamentar, transmitir, modificar, o extinguir una relación jurídica de cualquier naturaleza entre las partes que concurren a su celebración, y no solo es eficaz en lo que se refiere a vínculo de naturaleza personal (de contenido patrimonial o extrapatrimonial) entre las partes, esto es, derechos de crédito (lo que se llama eficacia personal del contrato), sino también puede afectar el estado de los derechos reales (la llamada eficacia real del contrato).

Como se observa esta definición incluye dos elementos esenciales del contrato en un sentido genérico: (i) la voluntad como elemento germinativo del concepto y (ii) la generación o el establecimiento de situaciones jurídicas a partir de esas voluntades.

Este, sin duda, es el punto de partida para analizar el problema del contrato de forma transversal y de esa manera comprender todos sus elementos. Ciertamente, en este trabajo no es menester explicar los elementos y demás asuntos que corresponden a los contratos. Sin embargo, es necesario revisar los efectos de la calificación de tal figura como “mercantil”, en otras palabras, ¿por qué hemos creado la categoría de contratos mercantiles? ¿Qué efecto deviene de ponerle ese apellido a los contratos? Como resulta evidente, las respuestas a estas preguntas aparecen preliminarmente en la comprensión del concepto de las obligaciones mercantiles y las “excepciones” creadas desde el Código de Comercio y otras normas aplicables. De nuevo este no es el lugar para explicar las implicancias propias de las obligaciones mercantiles, pero baste indicar que, esos “accidentes”¹ dentro de la regulación común de las obligaciones propuesta por el Código de Comercio, aunado a otros elementos, repercuten en la importancia de calificar un contrato como de contenido mercantil.

Desde esta perspectiva, la calificación de un contrato como mercantil implica, fundamentalmente, (i) o sus partes son comerciantes (en el sentido del artículo 10 del Código de Comercio) o (ii) los actos sobre los cuales versan tienen carácter mercantil (en el sentido, de los artículos 2 y 3 del Código de Comercio). Ahora bien, lo anterior es un tanto arbitrario, pero lo creemos necesario para justificar la división propuesta. No dudamos que modernamente, se ha planteado la necesidad de visitar estos conceptos y confirmar si efectivamente se puede hablar de contratos mercantiles o simplemente de contratos con elementos mercantiles. Sin embargo, este no es el objeto de nuestro trabajo.

Por otra parte, la creación de una categoría de contratos mercantiles obliga a la correspondiente creación de subcategorías que permitan proponer una clasificación articulada de los mismos. Por razones obvias, estas clasificaciones siempre son un proyecto en desarrollo, porque se hacen desde un pasado que deja de tomar en cuenta la naturaleza dinámica y variable del derecho mercantil². En todo caso, en el transcurso de este trabajo haremos uso de algunas clasificaciones a nuestro juicio pertinentes. Una

¹ En la legislación venezolana, diversos son los ejemplos de normas que no necesariamente se corresponden con la regulación común de las obligaciones. Normalmente se citan las normas del Artículo 108 del Código de Comercio (intereses mercantiles) o del Artículo 121 (régimen de la novación) como ejemplos que determinan principios “distintos” a los civiles.

² De la lectura del libro “Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil” del insigne autor Tulio Ascarelli, es evidente concluir que el Derecho Mercantil es un objetivo en movimiento (moving target) que depende más de la realidad del hecho económico que de las acartonadas propuestas de clasificación que se hacen desde lo jurídico.

que parece ideal, sobre todo por el objeto de esta investigación, divide a los contratos mercantiles en típicos y atípicos. Esta clasificación un tanto descriptiva, atiende a la idea de que existen figuras contractuales sujetas a una regulación específica en normas del bloque de la legalidad, ejemplo de estos contratos es el contrato de compraventa mercantil que tiene regulación específica en el Código de Comercio. Por otro lado, los contratos atípicos no pueden encajar en las categorías descritas anteriormente y proponen un problema de organicidad e interpretación importante. A pesar de lo anterior, los contratos atípicos son esenciales dentro del derecho mercantil porque, precisamente, incluyen aquellas formas contractuales originadas de la creatividad de los comerciantes y del propio hecho económico. Insistimos, esta categoría puede ser muy útil al momento de analizar los temas propios de este trabajo de investigación.

Sumando a todo lo anterior, lo cierto en relación a los contratos mercantiles es que la voluntad de las partes resulta esencial en su formación y, por consiguiente, las formas como tal idea es impactada por el marco de la legalidad, representa un área relevante para su investigación. Vale la pena recordar que la actividad mercantil ha dejado de ser una limitada área, donde pocos ejercían el comercio y se ha vuelto una acción omnipresente en todos los estratos de la sociedad. El comercio ha tenido vocación de masificación y de esa manera el derecho ha tenido que adaptarse. Así las cosas, es innegable que, sobre la actividad mercantil, consecuentemente sobre los contratos mercantiles, hay una rigurosa gama de normas y principios que limitan la capacidad de las partes en su quehacer contractual.

Desde las clásicas clasificaciones que sacan del comercio a ciertos bienes, la normativa de protección al consumidor, hasta las más complejas disposiciones de *compliance* normativo, hoy en día no se pueden redactar contratos mercantiles sin tomar en cuenta estas disposiciones.

En relación a lo expresado, la idea de realizar actividades comerciales tiene un fuerte componente de elementos regulatorios por los cuales afectan a las partes y califican el concepto de libertad contractual, no necesariamente para eliminarlo, pero si, para encauzarlo en contexto de las diversas políticas económicas propuestas por el Estado. En el fondo, el concepto de orden público económico,³ resulta un añadido necesario para la revisión de cualquier situación de naturaleza contractual en el comercio. Este concepto también será importante al momento de analizar las situaciones planteadas por el eje de interés de este trabajo, toda vez que la sensibilidad del objeto con el cual se pretende negociar tiene unas características muy especiales, i.e., datos personales.

³ “[e]l conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad pública a regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución”. Pedro, Harris 2021. Legislación de orden público económico y reglamentación administrativa. Asesoría técnica parlamentaria.

Inevitable discutir el tema de la protección de los datos personales; resulta evidente y en concordancia con lo que venimos evaluando, se debe hacer una mención especial a este asunto porque, ciertamente, será un elemento esencial para determinar el alcance de orden público económico, en la formación del contrato de cesión de datos. Existe una tentación evidente a decantar un trabajo como este en temas propios de la protección de datos; sin embargo, este no es el tema de interés.

2. Concepto de información personal, apropiabilidad y su clasificación vis a vis el derecho mercantil

Los datos personales son objeto de un desarrollo doctrinal y legal amplio en su dimensión de derecho público. Este enfoque hace énfasis en la protección de los derechos inherentes al concepto de información personal. En este sentido, la protección del honor, la privacidad y la intimidad son las categorías que consecuentemente aparecen luego de entender la existencia de una esfera de protección necesaria, en el contexto de las actividades tanto del mundo real como del mundo virtual.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de la información personal en torno a la cual poco se ha escrito. Pareciera que la mayoría de las reflexiones gravitan en torno a la protección de los derechos naturales al concepto, desde la perspectiva de las normas requeridas en el contexto contractual, e.g., requerimientos mínimos de consentimiento por parte del individuo que aprueba la cesión de sus datos o declaraciones expresas que debe hacer quien recauda la información.

Resulta evidente, nadie duda de la cesibilidad intrínseca de los datos personales, pues sin esta posibilidad no puede haber una discusión sobre la protección de los derechos correspondientes. A pesar de lo anterior, la determinación de la naturaleza de los datos personales resulta esencial para establecer, desde el derecho contractual, los aspectos propios a esta tipología de contratos.

Es importante recordar, la protección de derechos esenciales, así como la regulación estricta de un sector de la economía, no implica que tal situación sustraiga la referida actividad económica del campo mercantil⁴. En este sentido, el sector ban-

⁴ En el Estado de California de los Estados Unidos, en el 2018 se promulgo una Ley que regula el uso y explotación de datos personales por parte de las empresas tanto californianas como foráneas que traten datos de ciudadanos de California, así las cosas, la misma Ley se describe de la siguiente manera: *“The California Consumer Privacy Act of 2018 (“CCPA” or “the Act”) became effective on January 1, 2020, and is codified at §§1798.100-199 of the Civil Code. The Act offers new and wide-ranging privacy rights for California residents, including a right to be informed about personal data collected by a business and rights to access and delete that information, a right to prevent personal information from being sold to third parties, and a right to data portability. The law applies to all business that collect or use this personal information, not just those companies operating in California. The California Attorney General may bring actions for civil penalties of up to \$7,500 per violation and there is a limited private right of action for individual victims of data breaches for penalties ranging between \$100-750 per violation”*.

cario o el de seguros, son ejemplos claros de la posibilidad de establecer en entornos de alta regulación, espacios de clara contractualidad mercantil. En otras palabras, la aplicabilidad del derecho público, como limitante de la formación del contrato en el contexto del derecho mercantil, no implica que en los espacios donde la norma de derecho público permita, la libertad contractual y las demás consecuencias derivadas de la normativa mercantil no sea aplicable. Lo anterior, podría verse ratificado en el claro valor económico de los datos personales y el uso que se le puede dar a los mismos, en el contexto del ciberespacio para identificar modelos de consumo determinantes de estrategias efectivas de mercadeo⁵. Solo es objeto de este trabajo la revisión de los temas de protección de datos, en tanto en cuanto, estos afecten la idea del contrato de cesión de datos. Por otra parte, tampoco es pertinente estudiar el uso posible de los datos personales. En todo caso, lo claro es que los datos personales -cuando se ceden mediante un contrato- tienen un valor transacción propio claramente ubicables en el campo de la mercantilidad.

En este orden de ideas, el artículo 4.1⁶ del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) de la Unión Europea establece que, datos personales es “toda información relativa a una persona física, identificada o identificable”, es decir, toda información que siendo recabada directa o indirectamente conlleve a la identificación de una persona física tiene carácter de datos personales.

Conforme Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales⁷, esta definición consta de cuatro componentes principales, mismos que son:

⁵ *The CCPA section 1798.125 cites the concept of a “financial incentive” in the context of (and as a foil to) “discrimination” against consumers for exercising any of the consumer’s rights under the statute. Section 1798.125(a)(1) cites the following as examples of such discriminatory actions: A. Denying goods or services to the consumer. B. Charging different prices or rates for goods or services, including through the use of discounts or other benefits or imposing penalties. C. Providing a different level or quality of goods or services to the consumer. D. Suggesting that the consumer will receive a different price or rate for goods or services or a different level or quality of goods or services. However, this section qualifies the prospect of discrimination by stating that “[n]othing in this subdivision prohibits a business from charging a consumer a different price or rate, or from providing a different level or quality of goods or services to the consumer, if that difference is reasonably related to the value provided to the business by the consumer’s data.” 1 There are two types of financial incentives, direct payments and differences in price, rate, level, or quality of goods/services. The statute states that [a] business may offer financial incentives, including payments to consumers as compensation, for the collection of personal information, the sale of personal information, or the deletion of personal information. A business may also offer a different price, rate, level, or quality of goods or services to the consumer if that price or difference is directly related to the value provided to the business by the consumer’s data. 51.*

⁶ «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE).

⁷ Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales. 12251/03/EN (europa.eu)

1. “Toda información”
2. “Sobre”
3. “Identificada o identificable”
4. “Persona física”

Estos cuatro componentes están relacionados entre sí y se complementan recíprocamente, pero a objeto de un mayor entendimiento se analizará cada uno por separado.

2.1. “Toda información”

La expresión “toda información”, denota en sí misma la intención de dar un sentido amplio al concepto de “datos personales”. Estos datos pueden ser de tipo objetivo o subjetivo. Los datos de tipo objetivos, entiéndase estos como aquellos datos que carecen de prejuicios personales, son por e.g., el ADN de una persona física, ahora bien, los datos de tipo subjetivos, entiéndase estos como aquellos datos que contiene opiniones, percepciones o prejuicios personales, son por e.g., informaciones, opiniones, evaluaciones de una persona física que puedan ser objeto para evaluar su fiabilidad para ser considerado a un prestamos bancario o aceptarlo en determinado puesto de trabajo en una organización, etc.

Como “toda información”, relativa a datos personales de una persona física debe entenderse comprende *stricto sensu*, la información relativa a su vida privada⁸ y familiar, pero también, cualquier información relativa a actividades desarrolladas en diversos aspectos de la vida cotidiana, tales como, información de su cualidad de consumidor, paciente, trabajador autónomo, cliente, deportista, estudiante, etc.

2.2. “Sobre”

A priori se entiende que la expresión “sobre”, en el ámbito de datos personales, hace alusión a una persona cuando se refiere a ella, e.g., datos sobre los resultados médicos que se práctica una persona, recogidos posteriormente en su historial médico o imágenes captadas por una persona y compartidas en una red social; pero en algunas situaciones, determinada información no hace tanto referencia a una persona sino a objetos que pueden llevar a identificar a una persona a través de los mismos, ya sean

⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Amann/Suiza de 16.2.2000, apartado 65: «[...] el término “vida privada” no debe interpretarse restrictivamente. En especial, el respeto por la vida privada comprende el derecho a establecer y a desarrollar relaciones con otros seres humanos; además, no hay ninguna razón de principio que justifique la exclusión de actividades de una naturaleza de profesional o empresarial de la noción de la “vida privada” (véase al Niemietz v. Sentencia de Alemania del 16 de diciembre de 1992, serie A no. 251- B, págs. 33-34, § 29, y la sentencia Halford citada anteriormente, págs. 1015-16, § 42). Esa interpretación amplia se corresponde con la del convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 [...]»

porque pertenecen a esa persona o son manipulados por ésta, al punto de que ejerce una influencia importante sobre los mismo, y, ante estos casos debe considerarse que de forma indirecta esa información es relativa a datos personales de una persona, e.g., estimación del precio de un bien inmueble.

En atención a lo anterior, para poder determinar que una información versa “sobre” una persona habrá que atender a que dicha información contenga un elemento de contenido, o un elemento de finalidad o un elemento de resultado.

2.3. “Identificada o identificable”

Una persona física se tiene como identificada cuando entre un grupo personas a ésta, se le distingue o aprecia de forma singular y específica, por lo tanto, se considerará una persona como identificable cuando, aunque no se le distinga o aprecie a priori si concurra la capacidad de identificársele a posteriori.

2.4. “Persona física”

Se entiende como “persona física”, a un ser humano, en consecuencia y conforme el considerando 2 de la Directiva “los sistemas de protección de datos están al servicio del hombre” y “deben, cualquiera sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales [de estas]”.

El artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, siguiendo esta aseveración y de acuerdo a Gorrondona,⁹ entre las diversas acepciones que en derecho se da a “persona” se tiene que, “persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos”.

Como se puede observar el criterio que unifica la idea de datos personales es la idea de identificación de los mismos con una persona, y, como los mismos pueden generar un perfil que, en su conjunto permitan calificar en el entorno de intimidad de dicha persona. Desde este punto de vista, creemos posible justificar que la información personal pudiera calificarse como derechos de carácter personalísimo, es decir, derechos que por su naturaleza no pueden desligarse de la persona que los detenta.

⁹ José Gorrondona, *Derecho Civil: Personas* (Caracas: Publicaciones UCAB, 2015), 39.

Esta indisolubilidad entre el derecho y la persona -en el caso de la información personal- genera una pregunta obligada: si la información personal califica como un derecho personalísimo, ¿qué puede cederse mediante un acuerdo de cesión de datos? Posiblemente la respuesta es más evidente de lo que parece. En el Derecho de Autor es consabido que los autores tienen un derecho moral indisoluble de su obra, es decir, un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable. LHoeste¹⁰ citando a la Universidad de La Salle considera como Derecho de Autor:

Aquella prerrogativa de orden moral y patrimonial que se otorga por parte de los Estados a las creaciones del espíritu en el campo literario, científico y artístico, incluido el soporte lógico (*software*) y las bases o bancos de datos, desde el momento mismo de la creación, cualquiera sea su expresión y destinación que pueda producirse o definirse por cualquier forma de impresión o por cualquier medio conocido o por conocer. (CAN, 1993, Congreso de la República, Decisión 351, artículo 1°, y Ley 23, 1982, artículo 2°, citados en Universidad de La Salle, 2013, p.17).

Esto así, el autor puede en cualquier momento reivindicar sus derechos sobre su obra, a oponerse a cualquier cambio no autorizado o uso indebido sobre su obra, a conservar la obra como inédita o anónima, a realizar modificaciones o a retirar su obra de circulación o suspender cualquier forma de utilización de esta, aunque hubiere autorizado esto con anterioridad.

Visto lo anterior, la obra creativa es una suerte de extensión de la personalidad del autor. Ahora bien, el propio derecho de la propiedad intelectual también reconoce la posibilidad que la obra pueda ser explotada con fines económicos, esto así conforme establece el Código Civil de Venezuela¹¹ (en adelante CCV) en el artículo 546:

El producto o valor del trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son propiedad suya, y se rige por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre la materia.

En este sentido, la doctrina habla de derechos patrimoniales, debiendo entenderse estos como aquellos derechos capaces de ser cuantificados económicamente y que exige necesariamente ser susceptibles de derecho a uso, goce y disposición de una manera exclusiva con las restricciones de la ley según correspondan.

Si bien es cierto, una parte de la doctrina critica la acepción de propiedad sobre bienes inmateriales, otra por su parte, entre ellos Kummerow¹² alude que “frente a la

¹⁰ Fernando LHoeste, *Propiedad Intelectual Aproximaciones conceptuales y normatividad jurídica* (Bogotá D.C.: Universidad de La Salle, 2016) 69.

¹¹ Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario 2990 de 1982.

¹² Gert Kummerow, *Bienes y derechos reales* (Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 2002) 245.

evidencia de la temporalidad [de los derechos intangibles], acata la existencia del derecho de propiedad sobre bienes inmateriales (incorporales), dada la presencia de otros elementos ([absolutidad], exclusividad, naturaleza patrimonial, posibilidad de enajenación), integradores del dominio”.

Los derechos patrimoniales sobre bienes intangibles producto del ingenio humano son también susceptibles a ser hipotecados bajo la figura de “hipoteca mobiliaria”, respaldando así esto la tesis de los derechos patrimoniales sobre los bienes intangibles, y, respecto a esto, en opinión de Gorrondona¹³:

La ley incluye varias normas sobre efectos de la hipoteca dada las peculiaridades de los bienes sobre los cuales recae. En efecto, estos son de duración legalmente limitada, están expuestos a sufrir sensibles disminuciones de valor con gran rapidez, y dependen en medida no despreciable de la persona y del comportamiento y actividad del titular del derecho.¹⁴

En este sentido, creemos que la información personal corresponde a la categoría de derechos personalísimos, es decir, son derechos de carácter esencialmente moral y que no pueden dividirse de la persona que los detenta.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional mediante Sentencia Nro. 1.318 de fecha 04 de agosto de 2011, ha señalado que la información personal sujeta a protección constitucional es aquella que:

En consecuencia, los datos e informaciones particulares y aislados que alguien lleva con fines de estudio, o para uso personal o estadístico, o de consumo propio para satisfacer necesidades espirituales o culturales, o para cumplir objetivos profesionales, que no configuran un sistema capaz de diseñar un perfil total o parcial de las personas no forman parte de los registros sujetos al habeas data, ya que ellos carecen de proyección general. Sí podrían serlos los registros aparentemente inocentes, que cuando se entrecruzan con otros llevados por una o varias personas, permiten delinear un perfil de la vida privada o íntima de los demás, o de su situación económica, tendencias políticas, etc. La sola potencialidad de cruzar y complementar los datos de un registro, con la información almacenada en otros que lo completen, hacen que el conjunto de registros sea susceptible a los derechos referidos en el artículo 28 constitucional.

Claramente esta definición no es particularmente detallada, pero nos ofrece una propuesta venezolana sobre lo que los jueces deben entender por información personal sujeta a protección constitucional. Lo anterior, no entra en conflicto con lo explicado

¹³ José Gorrondona, *Derecho Civil IV Contratos y Garantías* (Caracas: AB.UCAB ediciones, 2017), 153.

¹⁴ Ley de Hipotecas Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Gaceta Oficial Extraordinario 1575 de 1973. Artículos 45 al 50.

con relación a las regulaciones europeas. En este sentido, el juez venezolano optó por una definición descriptiva que, refiere a la potencialidad de la creación de un perfil completo, sin hacer referencia a la sustancialidad del concepto, i.e., a los rasgos que le son propios.

Si lo anterior es correcto, entonces ¿cuál es el objeto que se transfiere en los contratos de cesión de datos personales? Parece irremediable concluir que de la información personal nacen al menos dos derechos adicionales: (i) los derechos patrimoniales que refieren a los datos personales (e.g., uso y/o explotación) y (ii) la fijación (*record*) de los datos personales como una forma de su manifestación.

En el caso de los derechos patrimoniales, estamos en presencia de la posibilidad de explotar con fines económicos los datos personales de una persona¹⁵. Este derecho de naturaleza pecuniaria está en el comercio y está sujeto a las reglas propias de la circulación (contratación) mercantil. Con lo cual, cuando hablamos de la cesión de datos personales, hablamos realmente de la cesión de un derecho de uso o explotación mercantil. Para lo que refiere a la fijación de datos personales, nos encontramos al establecimiento por medios físicos de un perfil personal con multipropósitos e.g., estadísticos, marketing dirigido, creación de nuevos productos o servicios.

3. El contrato de cesión de datos personales, tipicidad e inclusión dentro de la clasificación de los contratos mercantiles

Con base a lo revisado en las secciones anteriores, cabe la pregunta: ¿qué es el contrato de cesión de datos? Pues, la respuesta parece obvia, es un contrato mediante el cual una persona cede -en todo o en parte- los derechos de uso y/o explotación de sus datos personales a otra que los recibe a cambio de una contraprestación. Hasta acá la definición parece sensata y completa, pero una revisión detallada de la misma no escapa a cuestionamiento necesarios: ¿quiénes son estas personas que intervienen en el contrato?, ¿solo pueden ser personas naturales?, ¿cuál es la contraprestación a la que hace referencia la definición?, ¿puede darse este contrato entre dos compañías?

En principio el contrato de cesión de datos parece ser un contrato bilateral y consensual; es decir, intervienen dos voluntades que en su correlación generan el efecto jurídico de la traslación de un derecho muy específico: el derecho de uso y el contenido patrimonial de tal uso.

¹⁵ “CCPA”. 798.120. (a) A consumer shall have the right, at any time, to direct a business that sells personal information about the consumer to third parties not to sell the consumer’s personal information. This right may be referred to as the right to opt-out. 7.

Por otro lado, este contrato necesariamente tiene efectos traslativos de dominio, ya que el receptor de los derechos que derivan de los datos personales claramente tiene un derecho específico que dimensionado en función a los acuerdos de las partes. Desde esta perspectiva, el contrato de cesión de datos es constitutivo en cuanto, genera una situación jurídica inicial que implica la posibilidad de la explotación y uso del derecho específico reconocido y cedido por las partes.

En Venezuela no existe un reconocimiento expreso por parte del Código de Comercio al contrato de cesión de datos, lo cual ratifica su atipicidad. Adicionalmente y a pesar de la especial materia a la que refieren, los contratos de cesión de datos no son formales y aceptan cualquier figura que las partes acuerden.

Asimismo, es evidente que este tipo de contratos no puede obviar las leyes de derecho público que vigilaran la protección de los datos personales de quienes los ceden, esto a razón del derecho a la protección del honor, a la privacidad y a la intimidad, establecidos en nuestra carta magna.

Ahora bien, parece importante describir el alcance y los requisitos mínimos que debe contener un contrato de cesión de datos a objeto de no infringir las normas básicas de protección de datos y pueda explotar los datos facilitados por sus clientes en beneficio propio o de terceros.

El contrato de cesión de datos debe como mínimo contener: 1. La descripción de la actividad que explota la empresa cedente de los datos, 2. El nombre del fichero que contiene los datos a cederse, 3. La categoría y datos que se ceden, 4. La forma y el tipo de tratamiento que se le dará a los datos cedidos, 5. Las medidas de seguridad a las que están sujetos a aplicar la empresa tratante de los datos cedidos.

Resulta importante precisar que, en muchos casos estos contratos son más del tipo “*contrato de adhesión*” que uno bilateral en tanto muchas páginas web para permitir el acceso a su portal, solicitan aceptes sus políticas y términos antes de ingresar al mismo y obtener la información que necesitas o requieres consumir¹⁶, esto trae como

¹⁶ e.g. Términos y condiciones de La Ley Soluciones Legales, S.A. “Su privacidad es importante para nosotros: Nosotros y nuestros socios almacenamos o accedemos a información en un dispositivo, tales como cookies, y procesamos datos personales, tales como identificadores únicos e información estándar enviada por un dispositivo, para anuncios y contenido personalizados, medición de anuncios y del contenido e información sobre el público, así como para desarrollar y mejorar productos. Con su permiso, nosotros y nuestros socios podemos utilizar datos de localización geográfica precisa e identificación mediante las características de dispositivos. Puede hacer clic para otorgarnos su consentimiento a nosotros y a nuestros socios para que llevemos a cabo el procesamiento previamente descrito. De forma alternativa, puede acceder a información más detallada y cambiar sus preferencias antes de otorgar o negar su consentimiento. Tenga en cuenta que algún procesamiento de sus datos personales puede no requerir de su consentimiento, pero usted tiene el derecho de rechazar tal procesamiento. Sus preferencias se aplicarán solo a este sitio web. Puede cambiar sus preferencias en cualquier momento entrando de nuevo en este sitio web o visitando nuestra política de privacidad” Acceso el 26 de enero de 2023: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDCyNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhIQaptWmJOCSoA1bYwQjUAAAA=WKE

consecuencia que, los consumidores o las personas, muchas veces no intervengan en la negociación o discusión del uso que se les dará a sus datos, pero esto actualmente está siendo subsanado con las regulaciones existentes en torno al tema en desarrollo.

4. Implicaciones de derecho público

No es el objeto de este trabajo proponer temas relacionados con aspectos evidentes de derecho público vinculados con este asunto. Ciertamente, hay una clara intervención del derecho público toda vez que es innegable que los derechos de un nivel esencial son “manipulados”. Ahora bien, ¿qué implica lo anterior? En nuestra opinión, esto debe analizarse desde la perspectiva del alcance de la libertad contractual y, por lo tanto, desde los límites de la voluntad de las partes en la construcción de la relación contractual.

Así las cosas, el derecho público es relevante por cuanto, propone una especie de límite objetivo a la libertad contractual y por ello establece las materias que de alguna forma no podrían someterse a la voluntad de las partes.

En Venezuela carecemos de un sistema de protección de datos personales riguroso, en cambio se presenta una serie de regulaciones atomizadas, de las cuales se puede derivar una serie de principios que, procuran -en esencia- la protección de la privacidad, la intimidad y el derecho al honor. Ahora bien y como se dijo anteriormente, el propósito de este estudio no es revisar los temas de derecho público, pero sí parece importante mediante la revisión superficial del tema, entender, entonces, cuáles serían las limitaciones prácticas de esta situación.

En términos generales, el tema de la protección de datos está regulado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ciertas leyes especiales, e.g., la Ley de Delitos Informáticos, Ley de Privacidad de las Comunicaciones, entre otras y la sentencia 1318 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En particular, la mencionada sentencia explica que existen ocho principios constitucionales que regulan el tema de la protección de datos personales; tales principios son los siguientes: (i) Principio de Autonomía de la Voluntad, (ii) Principio de Legalidad, (iii) Principio de Finalidad de Calidad, (iv) Principio de la Temporalidad o Conservación, (v) Principio de Exactitud y de Autodeterminación, (vi) Principio de Previsión e Integralidad (vii) Principio de Seguridad y Confidencialidad, (ix) Principio de Tutela.

Tomando en cuenta lo anterior, ¿qué relevancia plantean estos principios con relación al contrato de cesión de datos personales? más aún, ¿qué implicaciones tiene a los efectos de la voluntad de las partes? Creemos que una respuesta obvia es, cualquier disposición contractual que pueda interpretarse como menoscabo cualesquiera de los principios indicados, y, por lo tanto, de los derechos fundamentales que se pretenden

proteger, debería considerarse nula. En otras palabras, las partes no tienen libertad para disponer sobre asuntos que impliquen una violación de principios constitucionales, e.g., las partes no podían establecer que el receptor de la información personal podría tener estándares de protección claramente inferiores a los manejados actualmente por el cedente.

Cada uno de los principios antes señaladas procura la protección de un aspecto específico del proceso de recolección y cesión de datos personales.

La falta de regulación especializada y el carácter público de lo mucho asociado con el contrato de cesión de información personal, representa un claro reto para los abogados que intentan redactar contratos de cesión de datos en el marco jurídico venezolano desde el derecho privado.

5. El principio de la autonomía de la voluntad

Considerando que a través del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden autorregular los objetivos planteados al tomar la decisión de contratar entre ellas, según sus deseos, porque existe un reconocimiento de ley del poder de autorregulación, consideramos válido hablar de contrato de cesión de datos en el contexto venezolano, y esto así, dado a que decir que las partes pueden ejercer su capacidad de contratar con base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, implica entonces, que las mismas gozan de: (i) libertad para decidir si contratar o no, (ii) pueden elegir el tipo de contratación a acordar, (iii) pueden celebrar contratos del tipo innominados, eso sí, dentro de los límites establecidos por las leyes, como son a saber, que no sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, (iv) tienen capacidad para modificar el contenido de los contratos del tipo nominados, siempre que el marco normativo lo permita.

Atendiendo a las limitaciones establecidas respecto al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, se hace necesario observar al tiempo que para su validez los contratos celebrados en uso de esta facultad, es necesario la concurrencia de elementos esenciales, mismos conforme el artículo 1.141 del CCV "... 1. Consentimiento de las partes, 2. Objeto que pueda ser materia de contrato, 3. Causa lícita".

Este principio juega un rol realmente importante en el qué hacer diario del entorno mercantil en cual se desenvuelven las actividades de los comerciantes, tanto en nuestro país como en el extranjero, a través del mismo, las transacciones comerciales pueden evolucionar de la misma forma como lo hace nuestra sociedad, cada vez más exigente e inmersa en el aspecto digital, claramente, es de entender, los contratos de cesión de datos aunque puedan tener cabida en base a este principio, también deberán atender a las materias de protección de datos y regulación del aspecto público, considerando el objeto de que se trata, esto es, datos de carácter personal.

6. Efectos de la mercantilidad de los contratos de cesión de datos personales

Como ya resulta evidente, el contrato de cesión de datos tiene carácter mercantil, y, por lo tanto, las consecuencias propias del derecho mercantil le serían aplicables. En este sentido, se pueden identificar al menos las siguientes consecuencias:

6.1. Jurisdicción mercantil

Las controversias que resulten de la interpretación y ejecución del contrato, en lo referido a temas mercantiles deberán ventilarse ante los jueces mercantiles, esto así con base en los artículos 2 y 3 del Código de Comercio, donde se establece que las obligaciones de los comerciantes en lo referido a sus operaciones mercantiles y a los actos de comercio, se rigen por lo establecido y bajo la jurisdicción la norma supra descrita, aunque sean ejecutadas por no comerciantes, siempre que una de las partes sea comerciante o el acto mismo sea de naturaleza mercantil .

Asimismo, considerando que nuestro ordenamiento mercantil es de vieja data y además carecemos de ordenamiento específico para el tratamiento, uso y explotación comercial de los datos personales, conforme al artículo 3 del Código de Comercio, el cual establece: Artículo 3. “Se reputan además actos de comercio, cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, sino resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil”, consideramos que, ante la figura de los contratos de cesión de datos personales, con el fin de ser explotados para e.g. campañas de marketing dirigido, se podría encuadrar en este artículo dicha situación.

Así las cosas, traemos a modo de ilustración un caso de arbitraje acelerado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), relativo a una controversia sobre *software* bancario (tratamiento de datos de clientes):

Una empresa norteamericana proveedora de *software* de procesamiento de datos y servicios, y un banco asiático concluyeron un acuerdo relativo a la prestación de servicios de procesamiento de cuentas. Las partes convinieron que la empresa norteamericana iba a ser el exclusivo proveedor de servicios para algunas de las filiales del banco en América del Norte y Europa. El acuerdo indicaba que cualquier disputa surgida de o en conexión con el acuerdo se resolvería en el marco del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI y que el árbitro único sea elegido entre un grupo de personas que tengan experiencia en nuevas tecnologías.

Cuatro años después de la celebración de su acuerdo, la empresa norteamericana alegó que el banco había violado el acuerdo mediante el uso de servicios ofrecidos por terceros en los países cubiertos por el acuerdo. Cuando las partes no pudieron resolver la diferencia, la empresa norteamericana proveedora de servicios inició un arbitraje acelerado OMPI alegando incumplimiento del acuerdo y reclamando daños considerables.

Las partes acordaron un árbitro único que celebró una audiencia de dos días en la ciudad de Nueva York. Tres meses después de la solicitud de arbitraje acelerado, el árbitro dictó un laudo definitivo determinando la existencia de infracción parcial del acuerdo y la concesión de daños y perjuicios a la empresa norteamericana proveedora de servicios.¹⁷

6.2. Interpretación e integración de los contratos

Los contratos de cesión de datos deben interpretarse con base a los términos que las partes le han dado. Esto así, consideramos importante citar lo establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano¹⁸:

Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Asimismo, el artículo 1.160 del CCV¹⁹ prescribe: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se deriven de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

Ahora bien, lo anterior no puede dejar de tomar en cuenta la existencia de principios de protección de datos personales que necesariamente podrían interferir con la interpretación de derecho privado que sea pertinente. Tal y como se mencionó anteriormente, desde un punto de vista de derecho privado, la inclusión de principios rectores en materia de protección de datos procura establecer un estado de homeostasis entre las partes, en el reconocimiento que la “data personal” es un bien sometido a protección constitucional y por lo tanto siempre procurará una regulación especial.

¹⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ejemplos de arbitrajes en la OMPI. Acceso el 26 de enero de 2023. [Ejemplos de Arbitraje de la OMPI](#)

¹⁸ Código de Procedimiento Civil Venezolano. Gaceta Oficial Extraordinaria 4209 de 1990.

¹⁹ Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario 2990 de 1982.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones es importante indicar que no es posible desprender del derecho privado al contrato de cesión de datos, el cual ciertamente presenta una relación estrecha con el derecho público. En este sentido, es importante comprender los elementos de derecho público que participan de la vida del contrato, para entender el alcance de los acuerdos que las partes pueden tener en función a la posible limitación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Por otro lado, es imperiosa la necesidad de tener una legislación robusta y clara para este tema que genera una simetría entre la necesidad de tener contratos que puedan darse de forma dinámica en el contexto de las relaciones de los privados, pero que a su vez proteja los intereses de las personas que ceden su información. Como se observa, no es una tarea sencilla, porque si bien es cierto es prioridad salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, también es importante considerar que las actividades económicas privadas son esenciales para el desarrollo económico de un país. Adicionalmente, no puede olvidarse el elemento técnico, es decir, las implicaciones informáticas y digitales de esta regulación y la manera como podría impactar en procesos de innovación tan naturales para este tipo de área de la economía.

Actualmente es innegable que las empresas son de al menos dos tipos, esto es, o recaban y analizan datos o compran data analizada con propósitos de marketing dirigido, así las mismas se vuelven más eficientes a la hora de hacer sus publicidades y obtienen ganancias en el incremento de las ventas, evitando al tiempo la pérdida de dinero en publicidad masificada; por ello insistimos que la cesión de datos, sin duda alguna, es parte del aspecto económico del ejercicio del comercio actual, por tanto requiere y urgen obtener regulaciones claras que permitan un *win win* de las partes involucradas con las protecciones necesarias, ateniendo la naturaleza del bien objeto de negociación, esto es, los datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario 2.990 de 1.982.
- Código de Procedimiento Civil Venezolano. Gaceta Oficial Extraordinaria 4.209 de 1.990.
- Gorrondonga, José. *Derecho Civil: Personas*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2.015.
- Gorrondonga, José. *Derecho Civil IV Contratos y Garantías*. Caracas: AB.UCAB ediciones, 2.017.
- Harris, Pedro. 2021. Legislación de orden público económico y reglamentación administrativa. Asesoría técnica parlamentaria.
- Kummerow, Gert. *Bienes y derechos reales*. Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 2.002.

Ley de Hipotecas Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Gaceta Oficial Extraordinario 1.575 de 1.973.

LHoeste, Fernando. *Propiedad Intelectual Aproximaciones conceptuales y normatividad jurídica*. Bogotá D.C.: Universidad de La Salle, 2.016.

The California Consumer Privacy Act of 2018.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1.318 de fecha 04 de agosto de 2.011 (caso *German José Mundarain Hernández y otros Vs Decreto N° 1.526 Con Fuerza De Ley De Reforma De La Ley General De Bancos Y Otras Instituciones Financieras*).