La publicidad en las redes sociales

POR **FRANCISCO PÉREZ BES**

El creciente uso de las redes sociales como espacio de comunicación las convierte en un atractivo campo de negocio para la industria publicitaria. Este artículo da cuenta de la legislación aplicable a las redes sociales y analiza las implicaciones jurídicas derivadas de la publicidad en dichas redes, concretamente la denominada publicidad social y aquella basada en el comportamiento del usuario.

Ha sido enorme el beneficio que en términos de comunicación, información, comercio electrónico y entretenimiento ha supuesto la aparición de Internet, tanto para ciudadanos y consumidores como para empresas. Dentro de esta evolución tecnológica, y en particular en el paso a la Web 2.0, juegan un papel destacado las redes sociales, en cuanto plataformas tecnológicas que promueven la interacción social en línea entre varias personas, con finalidades de amistad o de intercambio de información.

Estas redes han supuesto una auténtica revolución en la manera en que la gente, especialmente la gente joven, se comunica con los demás. Y la industria publicitaria no ha sido ajena a este fenómeno.

En atención al público objetivo al que se dirigen este tipo de redes, podemos clasificarlas en dos grandes grupos: de un lado, las redes sociales profesionales, que tienen por objetivo principal el de fomentar, incentivar y potenciar las relaciones entre profesionales. Y, de otro lado, las redes sociales generalistas o de ocio, cuyo principal objetivo es el de facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen (INTECO, 2008, p. 6). Han sido estas últimas las que han mostrado un mayor grado de crecimiento en los últimos años, llegando a formarse plataformas -tales como Facebook- que han superado los 500 millones de usuarios[1].

La principal ventaja de la inserción de publicidad en redes sociales es que, como veremos más

Fundación Telefónica
Telefónica

adelante, permite alcanzar a grupos de consumidores realmente interesados en los productos o servicios que las mismas promocionan. Además, existen nuevas y eficaces herramientas, tales como la segmentación de perfiles, que permiten a los anunciantes optimizar aún más el efecto de sus campañas, facilitando que el mensaje comercial que difunden alcance a la concreta audiencia que mayor grado de interés pueda tener en esa información concreta. De hecho, ya en el año 2007 se afirmaba que el 63 por ciento de los usuarios prestaban una mayor atención y receptividad a aquellos anuncios que encajaban con sus intereses (Jupiter Research, 2007).

Desde el punto de vista de los usuarios, la identificación por parte de los anunciantes de sus gustos y tendencias también resulta ventajosa. De una parte, por cuanto permite que la publicidad que reciben se refiera a productos o servicios de su potencial interés; y de otra, porque el uso de esta técnica contribuye a sufragar la gratuidad de los contenidos, servicios y aplicaciones a los que el usuario accede a través de su navegación.

Seguidamente analizaremos las principales cuestiones jurídicas que en estos momentos se plantean en relación con la difusión de publicidad en redes sociales.

La recepción de publicidad como contraprestación por el uso gratuito del servicio

A nadie escapa que el modelo de negocio de las redes sociales no puede basarse en la mera información que aportan sus usuarios. Sin embargo, y salvo determinadas plataformas que cobran una pequeña tarifa por su uso (las cuentas *Premium* de Xing o LinkedIn, por ejemplo), la mayoría de las redes sociales son gratuitas. Esta gratuidad para el usuario es posible gracias a los ingresos que tales páginas obtienen de la publicidad que se inserta en ellas.

De esta forma, la publicidad *on line* se ha convertido en un elemento fundamental en el desarrollo y mantenimiento de las redes sociales, al sufragar la prestación de muchos de los servicios que se ofrecen gratuitamente en aquellas (EACA, 2009). Y los usuarios aceptan que las redes sociales a las que pertenecen contengan publicidad, entendiendo que se trata de una contraprestación a cambio del derecho al acceso y utilización gratuita de tales servicios[2].

Para poder apreciar la importancia que la publicidad *on line* ha adquirido en el sostenimiento y desarrollo de las redes sociales, basta observar los datos que llegan de países de nuestro entorno. Por ejemplo, en mayo de 2010, Facebook se convirtió en la primera plataforma de publicidad *on line* en el Reino Unido, con 11.800 millones de anuncios, un 33 por ciento más que el año anterior. Este crecimiento cuantitativo es consecuencia directa de la efectividad de la publicidad *on line* en redes sociales frente a la publicidad *on line* tradicional[3], esta última no siempre bien recibida por sus destinatarios, tal y como lo demuestran los datos relativos a su nivel de impacto en los consumidores[4].

Así pues, el usuario que pretenda entrar a formar parte integrante de una red social, necesariamente deberá aceptar que durante su sesión de navegación en la misma se le muestre algún tipo de publicidad. En todo caso, esta circunstancia deberá ser puesta en conocimiento del usuario. A modo de ejemplo, las Condiciones de Uso del servicio de la red social española Tuenti indican claramente que al aceptar esas condiciones durante el proceso

Fundación Telefónica
Telefónica

de alta, «el usuario conoce y acepta que hay publicidad en el Servicio» y que, por tanto, desde su perfil «podrá acceder a publicidad que terceras empresas y profesionales» contraten con esa plataforma[5].

La imposibilidad de que el usuario pueda decidir libremente si desea o no recibir publicidad durante su navegación en un servicio gratuito no es una discusión exclusiva de las redes sociales. Esta circunstancia ya fue objeto de polémica en España hace algún tiempo, en concreto en relación al servicio de correo electrónico Gmail, de Google. En este caso, la Asociación de consumidores Facua interpuso una reclamación contra Google ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en relación con la publicidad contextual que se mostraba al usuario durante su acceso al citado servicio de correo electrónico. En particular, la denuncia tenía por objeto el tratamiento de los datos de los usuarios del servicio de correo electrónico Gmail para el envío de publicidad no solicitada (los enlaces patrocinados que aparecían a la derecha de la pantalla), relativa a productos y servicios relacionados con el contenido de los mensajes redactados por los usuarios del servicio[6]. La AEPD, tras la correspondiente investigación, desestimó la denuncia, al haber quedado demostrado que Google informaba debidamente al usuario acerca del tratamiento de sus datos de registro con fines comerciales, así como de la inserción de publicidad en su pantalla de acceso.

En efecto, la AEPD pudo comprobar que Google advertía al usuario de Gmail acerca de las consecuencias de su alta en el servicio, lo que suponía la autorización del usuario al tratamiento de su cuenta de correo y del contenido de sus mensajes para que se asociase publicidad personalizada. Además, en las Condiciones de Uso del Servicio de Gmail se indicaba que «los servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones». O lo que es lo mismo, que como contraprestación por la recepción de ese servicio, el usuario autorizaba el tratamiento de sus datos personales para recibir publicidad[7]. Además, se destacaba que la política de utilización del servicio debía ser expresamente aceptada por el usuario a través de una confirmación a través del botón ‘Acepto’, incluido junto a esas Condiciones de Uso. Así pues, la AEPD concluye que «cabe considerar tanto a los efectos de la LOPD como de la LSSI […] que el usuario registrado del servicio Gmail presta un consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales y para la asociación de publicidad personalizada, puesto que es la contrapartida para la prestación gratuita del servicio»[8].

Legislación aplicable a las redes sociales

Con carácter previo al análisis de las implicaciones jurídicas más recientes derivadas de la publicidad en redes sociales, es necesario abordar la cuestión de la legislación aplicable a las mismas, requisito imprescindible para poder valorar su licitud.

Pues bien, para poder determinar cuándo una red social debe entenderse sometida al Derecho español, debemos acudir a lo dispuesto en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) y en particular a sus artículos 2 a 4, los cuales distinguen tres supuestos, atendiendo al lugar en el que se encuentra establecido el prestador de servicios de la Sociedad de la Información (SI):

Fundación Telefónica
Telefónica

– En primer lugar se señala que cuando el prestador de servicios de la SI -en este caso el responsable de la red social- se encuentre establecido en España, se considerará aplicable la ley española si su residencia o domicilio social se encuentran en territorio español, siempre que estos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. Este sería el caso, por ejemplo, de la red social Tuenti.
– En segundo lugar, se prevé que también se aplicará la LSSI a aquellos prestadores que, a pesar de encontrarse establecidos en otro Estado de la UE, ofrezcan sus servicios a través de un establecimiento permanente situado en España; considerándose que se da esta situación cuando se dispone en territorio español, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que desarrollen toda o parte de su actividad.
– En tercer y último lugar, deberán cumplir con la LSSI -siempre que ello no contravenga lo dispuesto en convenios o tratados internacionales- aquellos prestadores de servicios que, a pesar de estar establecidos en un país de fuera de la UE, dirijan sus servicios al territorio español.

Como fácilmente se comprenderá, ha sido este tercer supuesto el que mayor conflictividad ha planteado en la práctica, ya que muchas de las redes sociales más conocidas y con mayor número de usuarios en España, a pesar de no mantener una presencia física en nuestro país, llevan a cabo una actividad que puede llevar a pensar que, efectivamente, están dirigiendo sus servicios al territorio español, en el sentido indicado en el artículo 4 de la LSSI, bien porque la página web está disponible en castellano, bien porque el dominio bajo el que se aloja la página es un '*.es*', bien porque la publicidad que se muestra también va dirigida al consumidor español, etc.

Ahora bien, a pesar de los aspectos territoriales que prevé la LSSI para su aplicación, existen una serie de supuestos en los que se establece la aplicabilidad en todo caso de la ley española. En concreto, el artículo 8 de la LSSI dispone que «en el caso de que un determinado servicio de la Sociedad de la Información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran».

Y entre los principios a los que alude el artículo 8, en su apartado primero, encontramos algunos que pueden afectar a los aspectos relacionados con la licitud de los contenidos publicitarios en redes sociales, tales como el apartado *b)*, referido a 'la protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios […]' o el apartado *d)*, relativo a 'la protección de la juventud y de la infancia'. De tal modo que, cuando una publicidad difundida a través de una red social que sea accesible desde España infrinja alguno de los principios recogidos en dicho artículo 8, el usuario podrá solicitar protección de los organismos competentes españoles, con independencia del lugar de establecimiento del prestador del servicio.

Privacidad y publicidad en redes sociales

No hay que olvidar que, por su propia naturaleza y configuración, las redes sociales disponen de una gran cantidad de información relativa a sus usuarios. Tal información la facilita el propio

Fundación Telefónica
Telefónica

usuario, en primer lugar, a la hora de darse de alta en el servicio; en segundo lugar, al elaborar su perfil para su inclusión y participación en la Red; y en tercer lugar, continúa facilitando voluntariamente información durante su participación en la Red, con objeto de poder contactar e interactuar con otros usuarios de ese mismo servicio[9].

Entre estos datos que el consumidor revela voluntariamente al prestador del servicio, encontramos información de carácter personal (como puedan ser el nombre, la edad o el sexo), además de otra información adicional que, por su naturaleza, puede calificarse como 'social' o 'interpersonal'. Tal información incluye datos relativos a los gustos, intereses del usuario e incluso, en ocasiones, imágenes y fotografías. Esta información 'social' alcanza además a otras conexiones que el usuario puede mantener con su red de amistades que también forman parte de ese servicio (por ejemplo, su relación sentimental con otro usuario) y, asimismo, a cualquier tipo de interacciones que lleve a cabo con otros usuarios *on line*, como puede ser el de informar sobre nuevas amistades al resto de contactos de su red.

Obviamente, la industria publicitaria desea aprovechar esta circunstancia para maximizar la eficacia de la publicidad en redes sociales. Y así hemos sido testigos de la aparición de nuevas modalidades publicitarias que permiten explotar al máximo la información personal y social que se dispone de los usuarios de esa red. Entre estas nuevas modalidades podemos citar: la publicidad social (*on line social advertising*), la basada en el comportamiento del usuario (*on line behavioural* advertising), la publicidad basada en segmentación por búsqueda de palabra clave, la basada en segmentación contextual, la basada en segmentación geográfica o la publicidad basada en *re-targeting*. En el ámbito de las redes sociales tienen especial incidencia tanto la publicidad social como la publicidad basada en el comportamiento del usuario.

Publicidad social *on line*. Se entiende por publicidad social *on line* aquella que utiliza los datos del perfil declarado de un usuario, sus contactos sociales e información de sus relaciones con otros usuarios. Dicho con otras palabras, se trata de publicidad que incorpora las interacciones de un usuario que este ha permitido mostrar y compartir (IAB, 2009, p. 8).

El hecho de poseer ese tipo de información de sus usuarios ofrece la posibilidad de que una red social utilice información relativa a eventuales actividades que aquel hubiera hecho públicas (por ejemplo, compras, recomendaciones, etc.), para incluirla de un modo destacado en la publicidad que se difunde entre otros usuarios que forman parte de su red de contactos. Así, por ejemplo, durante el proceso de compra de un producto en una tienda *on line* que está relacionada con la red social, y bajo la etiqueta 'recomendación' u otro mensaje similar, todos los usuarios identificados como amigos o contactos en la página de perfil del comprador podrían ser informados acerca de esa compra, con el objetivo de extender la promoción del bien o servicio previamente adquirido por tal miembro de esa plataforma (TACD, 2009, p. 5).

Como ejemplo de publicidad social podríamos citar el caso de un usuario de una red social, quien -al darse de alta- nos indica su lugar de residencia, su edad y su interés por el baloncesto. Tras obtener su consentimiento para tratar esa información con fines comerciales, la red social podría dirigirle y mostrarle publicidad con un alto grado de relevancia para dicho usuario, como podría ser la de un comercio local que venda productos relacionados con ese deporte.

Fundación Telefónica
Telefónica

Ahora bien, la publicidad social va más allá, y en el caso de que el concreto usuario tuviera amigos en esa misma red social con los que compartiera su interés por el baloncesto, o que incluso hubieran recomendado o contactado con el citado negocio, la publicidad que se puede hacer llegar al usuario puede alcanzar un todavía mayor grado de relevancia en virtud de una recomendación explícita de esos amigos.

Otras veces, la publicidad que se muestra a los usuarios de las redes sociales durante su navegación incluye la opción de que aquellos que lo deseen muestren su agrado hacia el producto o servicio promocionado, o incluso hacia determinada publicidad. A través de fórmulas como, por ejemplo, el botón *I like/me gusta* incluido dentro del propio anuncio, la red social puede enviar a los contactos de ese usuario una actualización de su estado, informando de su aprobación de ese producto o anuncio concreto. De este modo el usuario puede convertirse, sin saberlo, en una especie de prescriptor involuntario del producto o empresa con la que ha interactuado.

Con carácter previo al análisis detallado de los aspectos de privacidad relativos a esta modalidad publicitaria, debemos recordar la obligación existente de identificar claramente la naturaleza publicitaria de las comunicaciones comerciales y que alcanza a la publicidad difundida en redes sociales. Esto implica que si un usuario medio no llegase a identificar un contenido como publicidad, deberían tomarse las medidas necesarias para evitar un supuesto de publicidad encubierta del regulado en el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, tras su reciente modificación[10].

Pues bien, al referirnos a la normativa nacional aplicable a estas modalidades de publicidad en redes sociales debemos tener en cuenta, de una parte, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y de otro lado, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

En cuanto a la primera de ellas, su aplicación es consecuencia de la consideración del nombre y de la imagen de la persona como datos de carácter personal, lo que implica que el tratamiento de tal información deberá cumplir con las exigencias de la citada Ley. En particular, el usuario, con carácter previo a la recogida de sus datos en el proceso de alta, deberá haber sido convenientemente informado de lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, entre cuyos aspectos se encuentra la finalidad (en este caso, publicitaria) con la que se lleva a cabo la recogida y posterior tratamiento de sus datos (Art. 5.1.a).

Además de la obligación de información que la LOPD reserva a la red social -en cuanto que responsable del fichero-, el artículo 6 de esa misma norma establece, con carácter general y salvo las excepciones recogidas en el artículo 6.2, la obligación de obtener el consentimiento inequívoco del afectado para poder proceder al tratamiento de sus datos. Consentimiento que, tal y como define el artículo 3 de la propia Ley, se trata de toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada mediante la que el interesado consiente el tratamiento de los datos personales que le conciernen.

Tampoco debemos olvidar que las redes sociales ofrecen, por lo general, la posibilidad de

Fundación Telefónica
Telefónica

revelar información relativa a su persona que excede del mero nombre, apellido e imagen, como son datos que revelen la ideología, creencias u otros datos considerados 'sensibles'. Para este supuesto, el legislador ha creído conveniente otorgarles una especial protección, de manera que el tratamiento de información de esa naturaleza exigirá, de conformidad con el artículo 8 de la LOPD, la obtención del previo consentimiento expreso y por escrito del afectado.

Por otro lado, y de modo no excluyente a las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos personales, debemos tener presente que la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o a la propia imagen, cuando se lleva a cabo en ausencia del consentimiento expreso del afectado, de conformidad con los artículos 2.2 y 7.6 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

A modo de ejemplo, las Condiciones de Uso del servicio de la red social Facebook contemplan la opción, por defecto, de utilizar el nombre y fotografía de perfil de sus usuarios con finalidades comerciales, aunque ofreciendo la posibilidad de gestionar ese uso de información personal a través de las opciones de privacidad individuales[11]: «Acerca de la publicidad en Facebook:
Nuestro objetivo es ofrecer anuncios que no sólo sean valiosos para los anunciantes, sino también para ti. Para lograrlo, aceptas lo siguiente:
1. Puedes utilizar tu configuración de privacidad para limitar cómo se pueden asociar tu nombre y fotografía de perfil al contenido comercial o patrocinado que ofrecemos. Nos das permiso para utilizar tu nombre y foto de perfil en conexión con ese contenido, de acuerdo con los límites que tú establezcas.
2. No proporcionamos tu contenido o información a anunciantes sin tu consentimiento.
[…]».

Llegados a este punto, deberíamos detenernos brevemente en la discusión, aún vigente, relativa a la eficacia del actual sistema de información al usuario que en la práctica se lleva a cabo a través de cláusulas incorporadas a las políticas de privacidad o condiciones de uso del servicio. Tal circunstancia ha sido duramente cuestionada por organizaciones de consumidores y otros organismos, tales como el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación en su guía legal titulada *Redes sociales, menores de edad y privacidad en la Red* (INTECO, 2009, pp. 16-17). Esta Guía reconoce que «a pesar de que aparezcan publicados textos legales relativos a la protección de datos de los usuarios, es muy frecuente observar como dichos textos legales no son comprensibles para un ciudadano medio que no cuente con experiencia o formación jurídica. Los textos, además, suelen ser publicados en lugares de la plataforma de difícil localización y acceso». A esto podríamos añadir el problema de que en ocasiones, tales textos únicamente están accesibles en una lengua distinta de la española. Ello ha llevado, según la citada Guía, a la generalización entre los usuarios del hecho de que los avisos legales y políticas de privacidad no sean leídos en la gran mayoría de casos y, en aquellos casos en los que son revisados por los usuarios, no son realmente comprendidos. Lo que ha llevado a afirmar que dichas políticas no cumplen su objetivo principal, que es que el usuario conozca absolutamente toda la información relativa a la finalidad del tratamiento de sus datos personales y la gran cantidad de implicaciones que conlleva ese tratamiento.

Fundación Telefónica
Telefónica

Esta situación no ha pasado desapercibida para la Agencia Española de Protección de Datos, que ha mostrado su preocupación ante el hecho de que las políticas de privacidad de muchos de los prestadores de servicios, aun a pesar de disponer de un altísimo grado de detalle en relación al tratamiento de datos de los usuarios, «más bien podrían ser consideradas como virtuales o ficticias» (AEPD, 2007).

Este reproche a los prestadores de servicios de redes sociales ha vuelto a cobrar relevancia recientemente. En particular, tras la difusión de la Resolución sobre Redes Sociales, emitida en mayo de 2009 por la Trans Atlantic Consumer Dialogue (TACD), en la que se a de que los modelos de negocio de las redes sociales están basados en la utilización de la información de los usuarios registrados de un modo no siempre transparente y donde no se ha obtenido el consentimiento para dicha utilización[12].

Por su parte, las autoridades europeas de protección de datos han incluido en la *Declaración de Granada sobre Privacidad en un mundo digital* el derecho de los usuarios de Internet a ser informados acerca de los usos que se dan a sus datos personales, así como las obligaciones que se imponen a los proveedores de servicios de comunicación e informar debidamente a aquellos[13].

Ante los nuevos retos planteados por la publicidad social *on line* relacionados con la privacidad y utilización de la imagen de los usuarios activos de una red social, algunas organizaciones sectoriales, tales como la Interactive Advertising Bureau del Reino Unido (IAB UK), se apresuraron a elaborar un documento de buenas prácticas dirigido a la industria publicitaria, con el fin de que el desarrollo de esa actividad se haga conforme a unos principios éticos y legales adecuados (IAB, 2009).

Publicidad basada en el comportamiento del usuario. Otra de las técnicas basadas en la segmentación de perfiles que mayor relevancia está adquiriendo en Internet es la denominada 'Publicidad basada en los intereses del usuario' (*Interest Based Advertising*) o 'Publicidad comportamental' (*On line Behavioural Advertising*). Esta técnica, gracias a la tecnología que ofrecen las *cookies*, permite llevar a cabo un seguimiento y análisis de concretas actividades realizadas en Internet (es decir, rastrear comportamientos de navegación *on line*), asociando esas actividades a un concreto navegador. Posteriormente, los anunciantes podrán dirigir publicidad que coincida con los gustos e intereses deducidos de dicho análisis o rastreo (Paniza, 2010).

Entre los años 2006 y 2007, el número de anunciantes europeos *on line* que utilizaron técnicas de publicidad basada en el comportamiento del usuario se incrementó en un 150 por ciento[14]. Y se prevé que el crecimiento de este tipo de técnica publicitaria supere los 3 billones de euros en el año 2012, esto es, ocho veces más que en 2007 (Reding, 2010, p. 4).

Sin embargo, no cabe desconocer que junto a estas ventajas, la utilización de esta técnica plantea alguna amenaza potencial, fundamentalmente, en aspectos relacionados con la privacidad de los usuarios (Pérez Bes, 2009, p. 77). Las principales quejas en este sentido se refieren al desconocimiento por parte de los usuarios de que su comportamiento *on line* está

Fundación Telefónica
Telefónica

siendo monitorizado, así como a la imposibilidad de oponerse, en algunos casos, a la segmentación de su perfil (EACA, 2009, p. 15).

La preocupación por estas cuestiones ha alcanzado también a la Unión Europea. Así, en marzo de 2009 la Dirección General de Sanidad y Consumo de la Comisión Europea (DG SANCO) publicó el documento *Data Collection, Targeting And Profiling Of Consumers For Commercial Purposes In Online Environments*, que contiene una serie de directrices relativas a la privacidad, en relación a la utilización de la tecnología de *cookies* con finalidades de segmentación de perfiles de usuarios de Internet y la utilización comercial que pueda hacerse de los mismos.

En España, la previsión legal aplicable a este supuesto lo encontramos en la propia LSSI, que en su artículo 38.2 dispone lo siguiente: «Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito. […]».

Esta redacción es consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español del artículo 5.3 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas[15]. Directiva que, tras su reciente modificación por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, ha dado una nueva redacción al citado artículo introduciendo relevantes modificaciones, en particular en relación a la forma de obtención del consentimiento del usuario[16]. La propia Directiva concede a los Estados miembros un plazo máximo para la transposición de las modificaciones hasta el día 25 de mayo de 2011, fecha en la cual el legislador español deberá haber llevado a cabo las adaptaciones pertinentes en la norma española.

Paralelamente al desarrollo legislativo, y al igual que ocurrió con la publicidad social, la industria publicitaria ha desarrollado una serie de principios autorregulatorios que han de servir de guía a la hora de llevar a cabo actividades publicitarias basadas en el comportamiento de los usuarios.

Así, por ejemplo, la Federación Mundial de Anunciantes (WFA) ha desarrollado unos principios de autorregulación aplicables a esta modalidad publicitaria, bajo el título *Global Principles for Self-Regulation in Online Behavioral Advertising*. Estos principios se plasmaron en un documento publicado el 3 de junio de 2009[17].

Sin embargo, ya en EEUU, tal iniciativa autorregulatoria se había iniciado meses antes, aunque en ese caso se optó por el sistema de corregulación -desarrollado conjuntamente por la industria y la Administración competente-, en el marco del cual se establecieron unos principios marco a los que deberá ajustarse dicha modalidad de actividad publicitaria[18]. De este modo, en diciembre de 2008 la *Network Advertising Initiative* (NAI) norteamericana, bajo la supervisión de la *Federal Trade Commission*, hizo público el documento titulado *The Network Advertising Initiative's self-regulatory code of conduct*. NAI Principles 2008[19].

Fundación Telefónica
Telefónica

Además, se han llevado a cabo otras iniciativas en este ámbito, como el documento *Self-regulatory Principles For Online Behavioral Advertising*, hecho público en julio de 2009 por una serie de agrupaciones norteamericanas, entre las cuales se encuentran la Asociación Americana de Agencias de Publicidad, la Asociación Nacional de Anunciantes americanos, la Asociación de *Marketing* Directo y el *Interactive Advertising Bureau* (IAB)[20].

Por su parte, en Europa también se han desarrollado iniciativas similares[21]. Así, por ejemplo, el IAB del Reino Unido publicó en marzo de 2009 un documento de buenas prácticas, titulado *Good Practice Principles for Online Behavioural Advertising*, en el que se indicaban una serie de principios aplicables a toda publicidad desarrollada por la industria publicitaria en base al comportamiento on line del consumidor[22]. O, en el caso de Francia, la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL) presentó el 25 de febrero de 2009 un documento explicativo de este tipo de práctica (*Targeted Online Advertising*), así como de los requisitos de privacidad a los que está sometida.

Todos estos documentos persiguen el establecimiento de una serie de principios que deben ser respetados por las actividades de actividad comportamental llevadas a cabo por la industria publicitaria, y que tienen, como compromisos comunes a todos ellos el de respeto de principios de actuación tales como el de información al usuario, de obtención de su consentimiento y de formación al mismo.

No debemos olvidar, como hecho más reciente, que en fecha 22 de junio de 2010 se ha hecho pública la Opinión del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (*Opinion 2/2010 on online behavioural advertising* [00909/10/EN, WP 171]), en la que se advierte a la industria de la necesidad de proteger la privacidad de los usuarios durante el desarrollo de este tipo de prácticas publicitarias.

Protección de los menores y publicidad en redes sociales

Finalmente, uno de los aspectos más importantes y con mayor incidencia jurídica respecto a las redes sociales ha sido el relacionado con la utilización de las mismas por parte de menores de edad.

Tal preocupación ha sido abordada por la Comisión Europea, que en abril de 2008 constituyó, junto con operadores de redes sociales utilizadas por menores de edad, un Grupo de Trabajo sobre redes sociales. Como resultado de esta iniciativa, varias redes sociales europeas adoptaron en febrero de 2009 el compromiso de defender la seguridad on line de los usuarios menores de edad, plasmado en la adopción de siete principios recogidos en un documento titulado *Safer Social Networking Principles for the EU*[23].

Este documento contiene una serie de siete principios que las redes sociales adheridas al mismo se comprometen a cumplir y observar. Esos principios contemplan obligaciones tales como: informar de un modo claro y comprensible a la audiencia menor de edad acerca de las Condiciones de Uso del servicio; asegurarse de que los contenidos disponibles en la red social

Fundación Telefónica
Telefónica

no sean inadecuados para menores; ofrecer a los usuarios herramientas fáciles para gestionar su información y para denunciar contenido inapropiado, o informar adecuadamente a los usuarios acerca de las implicaciones que su ingreso en esa red social puede tener para su privacidad.

En otro orden de cosas, y en cuanto a los aspectos relativos a la licitud del contenido de la publicidad que se muestra en redes sociales, en España se ha producido ya al menos una reclamación por contenido publicitario inapropiado para los usuarios menores de edad de la red social Facebook, que fue resuelta a través de un procedimiento extrajudicial[24]. En particular, dicho procedimiento tuvo su origen en la reclamación presentada por un particular ante al Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en relación a la publicidad de un producto presuntamente adelgazante. En este caso, el reclamante manifestaba que la publicidad redirigía al usuario a una página web en la que se incluían textos con alegaciones tales como, entre otras: 'Deshágase de las libras de más y reduzca grasa al mismo tiempo'; 'Baje de peso y siéntase increíble' o 'Y lo mejor de todo es que esta solución efectiva de pérdida de peso ha sido diseñada pensando en usted'; alegaciones que -argumentaba- podrían resultar perjudiciales para la salud de los numerosos adolescentes que hacen un uso habitual de la citada red social.

Efectivamente, en este supuesto y desde la perspectiva del Derecho nacional aplicable, el artículo 4.2 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (comúnmente conocido como 'Real Decreto de productos milagro'), prohíbe, en general, cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria que sugiera propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad. Y en este caso se consideró que las alegaciones incluidas en la publicidad reclamada sí atribuían al producto promocionado específicas propiedades adelgazantes. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del Reglamento Europeo 1924/2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, que establece una serie de requisitos para poder utilizar declaraciones relativas al adelgazamiento en las comunicaciones comerciales y que dicha publicidad no cumplía[25].

Otra de las cuestiones jurídicamente relevantes en relación a la publicidad y los menores en redes sociales es la referente a la prestación del consentimiento de los usuarios menores de edad para el tratamiento de sus datos personales por parte de aquéllas, lo que incluye la utilización de esos datos con finalidades comerciales y de envío de publicidad. A este respecto, el artículo 13.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD señala que el consentimiento prestado por los menores de 14 años requerirá el consentimiento de sus padres o tutores[26].

Pero además, en supuestos como pueden ser los de actividad de 'publicidad social', no basta solamente con el cumplimiento de las exigencias contempladas en la LOPD y normativa de desarrollo, sino que la utilización de los datos personales de esos usuarios menores debe cumplir, asimismo, con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en cuyo artículo 3 dispone lo siguiente: «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los

Fundación Telefónica
Telefónica

restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez».

En cuanto a esta previsión, si bien en España no encontramos procedimientos judiciales que afecten a la actividad publicitaria de redes sociales, el incumplimiento de la obtención del consentimiento de un usuario menor de edad para la utilización publicitaria de su nombre y/o imagen tras acceder al botón *I like* de un anuncio ha dado lugar a la interposición, en los EEUU, de una demanda contra Facebook.

Los abogados del demandante consideraron que Facebook se estaba apropiando indebidamente del nombre y la imagen de ese menor con fines comerciales. Por su parte, los abogados de la defensa argumentaron que los términos de uso del servicio ya advierten del tratamiento de datos de los usuarios con esa finalidad, aunque según se afirma en la demanda, la legislación aplicable en California exige el consentimiento paterno para poder obtener el válido consentimiento del menor para la utilización de su nombre[27]. A fecha de hoy, dicho proceso continúa en fase de resolución judicial.

Notas

1 Véase *http://blog.facebook.com/blog.php?post=409753352130* [Consulta: 2010, 23 de agosto] y *http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2010/8/Facebook_Captures_Top_Spot_among_Social_Networking_Sites_in_India* [Consulta: 2010, 1 de septiembre].

2 Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (Madrid, 2009, p. 3). En relación con la Resolución de la Agencia de 6 de noviembre de 2008, que analiza una reclamación frente a Google por el suministro de publicidad personalizada que dicha empresa asocia al contenido de los correos electrónicos que recibe el usuario registrado en el servicio de Gmail: «En definitiva, a lo largo de un proceso de acceso a la información que facilita Google a través de diversos hiperenlaces se va informando de que se tratan sus datos personales con una indicación sucesiva de los mismos, de que el usuario de Gmail autoriza al tratamiento de su cuenta de correo y del contenido de sus mensajes para que se asocie publicidad personalizada y de que los servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones. O lo que es lo mismo, que el precio del servicio que paga el usuario es autorizar el tratamiento de sus datos personales para recibir publicidad».

3 Véase *http://www.emprendedoresnews.com/empresas/economia/la-publicidad-en-redes-sociales-es-4*

Fundación Telefónica
Telefónica

0-veces-mas-efectiva-que-la-tradicional.html [Consulta: 2010, 19 de agosto].

4 Véase *http://www.marketingdirecto.com/actualidad/digital/solo-el-17-de-los-usuarios-aprecia-la-publicidad-online/* [Consulta: 2010, 24 de agosto].

5 Véase *http://www.tuenti.com/#m=Terms&func=view_terms_of_use* [Consulta: 2010, 24 de agosto].

6 Resolución de la AEPD de fecha 6 de noviembre de 2008. Expediente No. E/01544/2007.

7 Las Condiciones de Uso del servicio de Gmail existentes en ese momento así lo indicaban: «17.1. Algunos servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones», añadiendo en el apartado 17.3 que «como contraprestación por el derecho de acceso y utilización de los servicios que Google le otorga, Vd. acepta que Google podrá incluir dicha publicidad en los servicios».

8 En este mismo sentido, véase Informe AEPD No. 300/2009.

9 Facebook Touts Selling Power of Friendship [en línea]. *The Wall Street Journal*, 7 de julio de 2010. Disponible en *http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704545004575353092563126732.html?mod=WSJ_hps_MIDDLEFifthNews* [Acceso: 2010, 25 de agosto].

10 «Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario».

11 Véase *http://www.facebook.com/#!/terms.php?ref=pf*

12 «The business models for social networks are based on using the data of registered members in a way that is not always transparent and where no actual consent for the use has been obtained» (p. 4). Véase *http://www.tacd.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=208&Itemid=40* [Acceso: 2010, 23 de agosto].

13 *The Granada Charter of Privacy in a Digital World*. International Working Group on Data Protection in Telecommunications. 47ª Reunión. Granada, 15 y 16 de abril de 2010.

14 European Search Marketing Executive Survey 2007. Citado en IAB Europe, *Advertising on the Internet. A quick download for policy makers*, p. 1.

15 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa

Fundación Telefónica
Telefónica

al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

16 Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) No. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DOUE de 18 de diciembre de 2009).

17 Véase *http://www.wfanet.org/globalnews.cfm?id=251* [Consulta: 2010, 2 de septiembre].

18 Véase *http://www.ftc.gov/os/2009/02/P085400behavadreport.pdf* [Consulta: 2010, 1 de septiembre].

19 Véase *http://networkadvertising.org/networks/2008%20NAI%20Principles_final%20for%20Website.pdf* [Consulta: 2010, 1 de septiembre].

20 Véase *http://www.iab.net/media/file/ven-principles-07-01-09.pdf* [Consulta: 2010, 1 de septiembre].

21 A modo de ejemplo, podemos destacar el documento de guías relativas a la publicidad segmentada, que lleva por título *EACA Guidelines on targeted online advertising & data protection*, desarrollado por la Asociación Europea de Agencias de Comunicación.

22 Véase *http://www.youronlinechoices.com/wp-content/uploads/2010/07/IAB-UK-Good-Practice-Principles-for-Online-Behavioural-Advertising.pdf* [Consulta: 2010, 1 de septiembre].

23 Véase *http://ec.europa.eu/information_society/activities/social_networking/docs/sn_principles.pdf* [Consulta: 2010, 1 de septiembre].

24 Resolución de la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad, de 24 de febrero de 2010. Asunto: Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid vs. LB Cybernet Entertainment Ltd (Acai).

25 Reglamento (CE) No. 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

26 Artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de

Fundación Telefónica
Telefónica

datos de carácter personal: «Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores».

27 Véase *http://www.scribd.com/doc/36509064/Complaint-as-Filed-Cohen-v-Facebook-Inc* [Acceso: 2010, 1 de septiembre].

Bibliografía

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2007, 1 de diciembre). *Declaración sobre buscadores de Internet* [en línea]. Disponible en *https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/recomendaciones/common/pdfs/declaracion_aepd_buscadores.pdf* [Acceso: 2010, 1 de septiembre].

European Association of Communication Agencies (EACA) (2009, abril). *EACA Guidelines on targeted online advertising & data protection*.

Interactive Advertising Bureau (IAB, 2009, mayo). *Social Advertising Best Practices* [en línea]. Disponible en *http://www.iab.net/socialads* [Consulta: 2010, 26 de agosto].

Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) (2008, 21 de octubre). *Redes sociales, menores de edad y privacidad en la Red* [en línea]. Disponible en *http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/manuales_es/guiaManual_redes_menores*

—— (2009). *Redes sociales, menores de edad y privacidad en la Red.* Guías Legales. INTECO, Observatorio de la Seguridad de la Información, Área Jurídica de la Seguridad y las TIC.

Jupiter Research (2007, junio). *Behavioural Targeting & the Purchase Funnel Opportunity* [en línea]. Disponible en *http://www.slideshare.net/AutomotiveSocial/jupiter-research-study*

Paniza, A. (2010). Cuestiones jurídicas en torno a las redes sociales: uso de datos personales para fines publicitarios y protección de datos de menores. *Revista Española de Protección de Datos*, No. 6.

Pérez Bes, F. (2009). La utilización de 'metatags' en el comercio electrónico. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, No. 54. Madrid: CEFI.

Reding, V. (2010, 22 de junio). *Building Trust in Europe's Online Single Market*. Discurso en la Cámara de Comercio Americana de la Unión Europea. Bruselas.

Trans Atlantic Consumer Dialogue (TACD) (2009, mayo). *Resolution on Social Networking*. TACD.

BY NC ND

Fundación Telefónica
Telefónica