



FACULTAD DE DERECHO

LOS DERECHOS DE IMAGEN DE LAS PERSONAS EN LAS REDES SOCIALES

Autora: María Dolores Aguilera Chico
5º E-3 A
Derecho Civil

Tutor: Ignacio Temiño Cenicerros

Madrid
Abril 2019

RESUMEN

La aparición de las Redes Sociales en el día a día de las personas ha llevado al Derecho a tener que regular los nuevos retos que las mismas plantean. El presente trabajo tiene como objeto analizar por un lado el marco jurídico aplicable en el Derecho Español, y por otro estudiar los distintos tratamientos que hacen las redes sociales al derecho de propia imagen de la persona. Se revisarán las principales obligaciones precontractuales de los prestadores de servicios de las redes sociales, además de sus obligaciones y cómo es su responsabilidad respecto de sus usuarios. Por otra parte, se hará una especial mención al consentimiento válido prestado por el usuario en este tipo de servicios y se estudiará en concreto el tratamiento del derecho de propia imagen en el contrato de adhesión de redes sociales, explicando el estado de la cuestión y analizando el caso concreto de la red social Facebook. Para ello, se analizarán la jurisprudencia y reclamaciones más recientes.

Palabras clave: Derecho a la propia imagen, redes sociales, privacidad, información, consentimiento, contrato de adhesión.

ABSTRACT

The emergence of social networks in people's life has led the law to have to regulate the new challenges that they pose. The purpose of this paper is to analyze, on the one hand, the legal framework applicable in Spanish Law, and on the other, to study the different treatments that social networks do to the right of the person's own image. The main pre-contractual obligations of social network service providers will be reviewed, in addition to their obligations and how is their responsibility towards their users. On the other hand, special mention will be made of the valid consent given by the user in this type of services and the treatment of the right of own image in the social network membership contract will be studied, explaining the state of the matter and analyzing the concrete case of the social network Facebook. To this end, the most recent jurisprudence and claims will be analyzed.

Key words: *Right to one's image, social networks, privacy, information, consent, membership contract.*

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

AP: Audiencia Provincial

Art.: artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

Coords: coordinadores

LCGC: Ley de Condiciones Generales de Contratación.

LOPDGDD: Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LSSI: Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

SRS: Servicios de Redes Sociales

SSI: servicios de la sociedad de la información.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional

TRLGDCU: Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

TS: Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. Introducción	6
2. Conceptos Previos	7
2.1 Redes sociales	7
2.2 Derecho a la propia imagen de las personas.....	8
3. Marco jurídico aplicable	9
3.1 El derecho a la propia imagen y su protección constitucional: El derecho a la propia imagen y su protección de datos personal.....	9
3.2 El derecho a la propia imagen y su protección civil	11
3.3 Normativa aplicable al contrato de adhesión en una red social	13
3.3.1 Contrato de consumo: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias	14
3.3.2 Contrato electrónico: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico	15
4. Obligaciones precontractuales	16
4.1 Tratamiento de la legislación actual.....	16
4.1.1 La información previa al contrato del art. 27 de la LSSI	17
4.1.2 La obligación precontractual de la TRLGDCU.....	17
4.2 Exigencias de comprensibilidad	18
4.2.1 Forma que debe revestir la información comprensible.....	18
4.2.2 La comprensibilidad en los contratos electrónicos y de consumo.....	19
4.2.3 Exigencia de idioma comprensible.....	20
5. Obligaciones del titular de la red social	21
5.1 Deber de información de la identidad y circunstancias de la red social.....	21
5.2 Deber de información respecto de los procedimientos de contratación	23
6. El consentimiento válido para la recogida y el tratamiento de datos personales a través de redes sociales.	24
6.1 Consentimiento inequívoco.....	25
6.2 Consentimiento informado	26
6.3 Consentimiento previo	26
6.4 Consentimiento libre.....	27
6.5 Consentimiento revocable	27
6.6 Difusión de imágenes en redes sociales sin consentimiento	27
7. La responsabilidad de los titulares de la red social	31
8. Estudio del tratamiento del derecho a la propia imagen en el contrato de adhesión de una red social	34

8.1	Estado de la cuestión en la jurisprudencia del T.S	34
8.2	Supuestos sobre el tratamiento de la imagen de las personas en redes sociales y su adecuación a la ley.	36
8.3	La relación contractual con Facebook.	37
	<i>8.3.1 Privacidad</i>	<i>38</i>
8.4	Derechos de propiedad Intelectual sobre los derechos de imagen de la persona.	42
9.	Conclusiones	43
	REFRERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

1. Introducción

El avance de las nuevas tecnologías ha traído un nuevo contexto compuesto por una inmensa cantidad de cambios en nuestro día a día, uno de ellos son las redes sociales las cuales llegaron para quedarse. Por lo que es evidente que las mismas son foco de atención para el derecho implicándose éste cada día más en las nuevas relaciones y problemas que se derivan de ellas.

Por ello, es necesario encuadrar el servicio de las redes sociales en una categoría jurídica para poder determinar qué regulación resulta aplicable. En este sentido, atendiendo a sus características el servicio prestado por las redes sociales se asemeja a los de la Sociedad de la Información por lo que les será de aplicación de LSSI donde vienen definidos los mínimos legales que los servicios de redes sociales deben cumplir. Además, en cuanto a la figura del usuario de redes sociales es equiparable a la de un consumidor, por lo que merece que les sea aplicable la TRLGDCU.

Asimismo, el elemento que define a las redes sociales son sus usuarios y el contenido que comparten en las mismas el cual son datos de carácter personal que suponen la pieza principal para el funcionamiento de una red social. Ello conlleva a ventajas e inconvenientes ya que en muchos casos se ven lesionados diferentes derechos, pero sin ninguna duda uno de los más lesionados es el de propia imagen.

Es por ello que, en el presente trabajo, se pretende realizar un análisis del tratamiento que realizan las redes sociales de los derechos de propia imagen de la persona desde la perspectiva del derecho español, haciendo hincapié en la legalidad de los contratos de adhesión y del derecho de propia imagen.

En primer lugar, se determinará el concepto de “red social” y de “derecho a la propia imagen” analizándose el marco jurídico aplicable a cada uno de los conceptos definidos, por un lado, la normativa civil y constitucional aplicable a los derechos de imagen y por otro la normativa aplicable a los contratos de adhesión en redes sociales.

En segundo lugar, se comentarán distintas obligaciones precontractuales referentes a la información y aquellas destinadas al titular de la red social. En lo referente a las primeras, serán analizadas desde la perspectiva de las distintas legislaciones haciendo gran referencia a la exigencia de comprensibilidad del contrato. En cuanto a las segundas, se

estudiarán los deberes más importantes atribuidos al prestador de la red social como son el deber de información de la identidad y circunstancias de la red social y el deber de información respecto de los procedimientos de contratación.

En tercer lugar, se realizará un exhaustivo análisis sobre las características del consentimiento válido para la recogida y tratamiento de datos personales centrándonos también en uno de los problemas más habituales en cuanto a la difusión de imágenes sin consentimiento.

Por último, se analizará la responsabilidad de los titulares de las redes sociales y se estudiará el tratamiento del derecho a la propia imagen en las redes sociales haciendo referencia al estado de la cuestión en la jurisprudencia del T.S, explicando los supuestos sobre el tratamiento de la imagen de las personas en redes sociales y su adecuación a la ley, para así finalizar con el análisis de un contrato de adhesión de una red social en concreto, como es el de la red social Facebook.

2. Conceptos Previos

2.1 Redes sociales

En el contexto de la Web 2.0 surgen las redes sociales, las cuales se han convertido en uno de los principales elementos de la misma ¹. Dicho término ha intentado definirse en gran cantidad de ocasiones, ya que el mismo no encuentra una definición unitaria.

El Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, en relación a este tema en diciembre de 2011 en su estudio *“Las Redes Sociales en Internet”*² define las redes sociales como se hiciera en el artículo publicado en 2007 por el *Journal of Computer Mediated Communication*.

En dicho artículo se define a las redes sociales como:

Servicios dentro de las plataformas web que permiten al usuario 1) construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema limitado; 2) articular una lista de otros usuarios con los que compartir conexiones; y 3) visualizar y rastrear su lista de contactos y las elaboradas por otros usuarios dentro del sistema”³.

¹ Agustino Guylain, A. y Monclús Ruiz, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, Bosch, Barcelona, 2016, p. 19

² Disponible en http://www.onsti.red.es/otsi/sites/default/files/redes_sociales_documento_0.pdf última consulta 6/04/2019

³ Boyd, D. y Ellison, N., “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”, *Journal of Computer Mediated Communication*, Vol. 13, n.1, , octubre 2007, pp. 210-230.

Siguiendo con otras definiciones, cabe mencionar la dada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) “servicios prestados a través de internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no ser publicados” .⁴

A partir de dichas definiciones se desprende un elemento común que es el del perfil personal. Dicho perfil, permite a cada individuo tener un espacio en la red donde compartir contenido e interactuar con otros usuarios. Por lo tanto, atendiendo a estos rasgos, la definición de la que se partirá para el presente trabajo será de plataforma tecnológica que permite a sus usuarios, a través de sus correspondientes perfiles, vincularse entre sí, creando sistemas cruzados e interactivos de generación y difusión de información⁵.

2.2 Derecho a la propia imagen de las personas.

Parte de la doctrina establece que el derecho a la propia imagen no es más que una mera manifestación del derecho al honor o a la intimidad, de esta forma Ferrara entiende que “la actual tendencia dominante es la que presenta la tutela de la imagen como una forma exquisita de la sensibilidad del honor de la persona”⁶ .

Pese a lo anterior expuesto, resulta cierto que el derecho a la propia imagen presente una raíz común con el derecho al honor, sin embargo no existe duda en que el mismo sea un derecho autónomo ya que puede ser lesionado o sufrir una intromisión sin que exista violación del honor o intromisión en la intimidad ⁷.

Partiendo de la configuración del derecho a la propia imagen como independiente, destaca la definición de Gitrama que entiende que:

Es un derecho innato de la persona, que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible. Es un derecho subjetivo de carácter privado y absoluto. Es un derecho personalísimo, pero dotado de un contenido potencialmente patrimonial. Es un derecho inalienable e irrenunciable y en general expropiable...en fin, es un derecho imprescriptible⁸.

⁴ INTECO Y AEPD, “*Estudio sobre la privacidad de los datos y sobre la seguridad de la información en las redes sociales online*” (disponible en <https://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> , última consulta 15/02/2018)

⁵ *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., p.20

⁶ Ferrara,F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1950, Vol. Y, p.480.

⁷ Rebollo Delgado, L., *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2004, p.45.

⁸ Gitrama,M., *Voz Imagen (derecho a la propia)*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Seix, Barcelona, 1962, p.326.

Para delimitar una definición unitaria de derecho a la propia imagen, es necesario definir el concepto de imagen. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define imagen como “la reproducción de los rasgos físicos de una persona sobre un soporte material cualquiera”⁹. Además, existían dudas sobre si la voz o el nombre pertenecen a la propia imagen a lo que el TC estableció:

Garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona.¹⁰

Por otro lado, como derecho es la capacidad de las personas para decidir sobre la captación o reproducción de su imagen física. De este modo la imagen se refiere a lo externo de la persona, por lo que su protección se fundamenta en que la imagen supone un instrumento que posibilita la identificación y proyección de la persona¹¹.

Por lo tanto, a partir de dichos rasgos, parece obvio que dicho derecho es fácil de lesionar mediante su utilización indebida y siendo el que más interacciona con los nuevos medios tecnológicos como por ejemplo las redes sociales.

3. Marco jurídico aplicable

3.1 El derecho a la propia imagen y su protección constitucional: El derecho a la propia imagen y su protección de datos personal.

El derecho a la propia imagen viene recogido en el art. 18.1 de la Constitución Española junto con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar.

Tal y como ha señalado el TC es un derecho del que se desprenden ambas vertientes positiva y negativa. Positiva en cuanto que faculta a las personas a su reproducción, y negativa porque otorga el derecho a impedir captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización¹². Dicho argumento lo encontramos en la STC 81/2001:

En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a si titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen

⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 1984.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril 117/1994 FJ tercero.

¹¹ *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*, cit., p.46.

¹² Carreras Serra, LL., *Régimen jurídico de la información*, Ariel, Barcelona, 1996.

por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad-informativa, comercial, científica, cultural, etc.-perseguida por quien la capta o difunde.¹³

Por lo tanto, es decisión de la persona autorizar o no el uso de su imagen decidiendo cuándo y en qué contexto se usa la misma. Para atentar contra este derecho no es necesario que se atente contra su honor o intimidad si no que la mera publicación se considera como intromisión ilegítima del derecho ¹⁴.

En lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la publicación de imágenes en redes sociales, se debe hacer mención al derecho a la protección de datos personales, emanación del derecho a la intimidad (art 18.4 C. E) junto con la configuración constitucional del derecho a la propia imagen de las personas.

A este respecto, cabe plantearse cuál es la configuración constitucional del derecho a la protección de datos el cual ahonda la STC 292/2000:

consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular¹⁵.

De este modo, el derecho fundamental a la protección de datos según Martínez Martínez garantiza “protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión de los datos de carácter personal y garantiza la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales”¹⁶

En cuanto a las redes sociales, parece en un primer momento que el sujeto puede decidir quién posee sus datos personales y con qué finalidad, además de que puede oponerse al

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo 81/2001 FJ segundo.

¹⁴ Catalá i Bas, A.H, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Revista General de Derecho, Ediciones Revista general de Derecho, Valencia, 2001.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre 292/2000 FJ séptimo.

¹⁶ Martínez Martínez, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: Perspectivas”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, n. 5, 2007, pp. 45-61 (disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/440-13383-1-PB.pdf>; última consulta 16/02/2019)

almacenamiento y tratamiento de datos sin su consentimiento. Durante el desarrollo del presente trabajo iremos comprobando la veracidad de dicha información.

Hecha una aproximación en líneas generales a la regulación constitucional del derecho, los siguientes apartados se centrarán en conocer la respuesta del ordenamiento jurídico español ante a la publicación no consentida de imágenes por terceros en las redes sociales.

3.2 El derecho a la propia imagen y su protección civil

En lo que se refiere a la protección civil del derecho a la propia imagen, cabe hacer referencia en primer lugar a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Dicha Ley en su art 2.1 establece tres criterios definiendo el alcance de cada uno de estos conceptos¹⁷:

1. Las previsiones legales referidas tanto a lo material como a lo procesal se refieren a estos derechos.
2. Los usos sociales estipulados en cada momento y lugar. El sentido de los derechos al honor, intimidad o propia imagen puede variar dependiendo del contexto histórico y social.
3. Los actos de los afectados.

Teniendo en cuenta las redes sociales y la publicación de imágenes por parte de terceros sin consentimiento merecen gran atención los dos últimos criterios.

En lo que se refiere a los usos sociales, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como, el ejercicio o práctica general de algo, por lo que como señala Martínez Otero “no cabe duda de que hoy en día publicar imágenes de algo o de alguien sin su consentimiento en las redes sociales es un auténtico uso social”¹⁸ . De este modo, este mismo autor se plantea la cuestión de si un uso ilegal puede ser criterio de interpretación del derecho a la propia imagen. Ante esta cuestión responde de ambas formas, positiva y negativa. En su respuesta positiva concluye que el requisito del consentimiento previo para publicar la imagen en una Red Social ha sido sustituido por los usos sociales, y que

¹⁷ Martínez Otero, J.M,” Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.106,2016, pp.127.(Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.03> ;última consulta 17/02/2019)

¹⁸, “Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, *cit.*, p.127.

tiene que ser regulado o eliminado de la legislación en lo que respecta a las redes sociales; mientras que en su respuesta negativa concluye que gran parte de los usuarios de las redes sociales infringen el derecho a la propia imagen de terceros. En relación a esta reflexión cabe decir que es cierto que el consentimiento previo no debe ser eliminado para publicar la imagen de un tercero en aras de la seguridad jurídica, sin embargo, la aparición de un uso social sin consentimiento podría actuar como atenuante de la responsabilidad dependiendo del criterio del juez siendo valorado caso por caso.

Volviendo a los criterios anteriormente señalados, cabe mencionar el tercero de ellos: los actos de los afectados, es decir los propios actos del sujeto, no siendo lo mismo publicar imágenes sin consentimiento de una persona que no posee perfil en una Red Social que publicar una imagen de una persona con perfil abierto en una Red Social por el que comparte sus imágenes susceptibles de ser vistas por cualquier usuario. Ante esta cuestión Martínez Otero defiende que hay que partir de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, por lo que como bien señala “el sujeto siempre gozará de derecho a la propia imagen por reducido que sea su contenido como consecuencia de sus propios actos”¹⁹.

Siguiendo con un análisis de dicha ley, el art. 7 estipula los casos de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, siendo dos los que más importancia revisten para el presente trabajo.

El art 7.5 recoge “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.”²⁰. En relación a este supuesto la Ley Orgánica en su art 8.2 establece una serie de intromisiones como legítimas, pero al no ser las más comunes en el ámbito de las redes sociales no se profundizará en su análisis.

Por otra parte, el segundo supuesto que merece ser mencionado es el del art 7.6 el cual establece “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”²¹. A partir de dicho supuesto se

¹⁹ Derechos Fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales, *cit.*, p. 129

²⁰Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 3 de junio de 1982).

²¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 3 de junio de 1982)

defiende la idea de que cada persona ostenta propiedad sobre su cuerpo, voz y nombre pudiendo cada uno comercializar con su imagen sin que otros lo hagan sin su consentimiento. Esta utilización ilegítima se puede trasladar a las redes sociales cuando la imagen de un tercero es usada por perfiles cuya finalidad es publicitaria o comercial.

Del análisis de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se puede comprobar a grandes rasgos que la publicación de una imagen sin el consentimiento de la persona constituye una intromisión ilegítima en el derecho de propia imagen. Además, es necesario resaltar la idea de que el consentimiento prestado para ser fotografiado no autoriza la posterior publicación. Esto en ámbito de las redes sociales se traduce en que una persona puede consentir posar para una foto y negar su consentimiento a la publicación de la misma en una Red Social , ya que la captación y difusión son acciones distintas.²²

El siguiente artículo que cabe mencionar es el 9 de la Ley Orgánica 1/1982 ya que será al que se deberá atender en caso de probarse un acto ilícito contra el derecho de propia imagen. El art. 9 establece que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente “Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional “.²³

3.3 Normativa aplicable al contrato de adhesión en una red social

En lo referente al marco jurídico de las redes sociales, cabe mencionar en primer lugar que el acto por el que el futuro usuario se registra en una red social es un contrato de adhesión. En dicho contrato encontramos dos voluntades, por un lado, la del prestador de la red social obligándose este a poner a disposición del usuario una serie de herramientas para que pueda disfrutar de los servicios de la misma; y por otro la del usuario el cual puede estar obligado a entregar un precio o al tratamiento de sus datos personales como sus derechos de imagen ²⁴.

²²“Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”,*cit.*, p.127.

²³ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 3 de junio de 1982)

²⁴ Megías Terol,J.”. Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad”,en Rallo Lomabarte,A.y Martínez Martínez, R (coords.), *Derecho y redes sociales*,Aranzadi , Cizur Menor (Navarra), 2013,pp.319-333.

3.3.1 Contrato de consumo: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

En primer lugar, dichos contratos serán calificados como contratos de consumo siendo de aplicación El Real Decreto Legislativo 1/2007 ,de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁵. El texto mencionado contiene un ámbito específico de aplicación para los contratos a distancia en su art. 92 donde encuadraremos los contratos en redes sociales por cumplirse los requisitos enunciados en dicho artículo” [...] sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”. La aplicación de dicho precepto no supone que los deberes de información precontractual y el resto de obligaciones que se establecen en general en la TRLGDCU en los arts. 60 a 61 no sean exigibles a todo contrato de consumo. Dichas obligaciones serán concurrentes a las recogidas en los arts. 94 y ss. específicas de los contratos a distancia.

Cabe destacar, el hecho de que el prestador de servicios de Facebook no negocia las condiciones del contrato, sino que propone sus condiciones a un gran público de forma des individualizada y el usuario simplemente decide adherirse o no al mismo, por lo que nos encontramos con un contrato de adhesión ²⁶. El TS ha definido en varias ocasiones este tipo de contrato como:

La calificación de este contrato es de contrato de adhesión entendiéndose por tal aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente²⁷

La TRLGDCU regula las condiciones generales en contratos de consumo en su Libro Segundo Título II, por lo que cabe plantearse qué requisitos deben cumplir las cláusulas de un contrato para que resulte de aplicación el título mencionado. Según el art.80 las

²⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007)

²⁶ Navarro Mendizábal, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p.288

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 13 de noviembre 6721/1998 FJ segundo.

cláusulas no negociables deben ser: concretas, claras y sencillas; accesibles y legibles; y buena fe.

3.3.2 Contrato electrónico: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

En segundo lugar, el presente contrato también resulta ser electrónico ya que el servicio prestado por una red social se encuadra en la sección a) del anexo de la LSSI, en el que se establece que se tiene que entender por este tipo de servicio “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”²⁸; y en el apartado h) “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” esto es que la oferta y la aceptación son por medios telemáticos, desarrollándose la contratación mediante equipos electrónicos lo cual sucede en las redes sociales.²⁹ Además, siendo una de las características principales de las redes sociales la interconectividad y la interacción entre usuarios, parece claro que aunque la LSSI no diga nada expreso al respecto la misma es de aplicación cuando las partes no están presentes³⁰.

Sin embargo, en la ya mencionada sección a) del anexo LSSI se define el concepto de Servicio de la Sociedad de la Información (en adelante SSI) como “todo servicio prestado normalmente oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, estas características las podemos observar en los SRS, menos el de onerosidad lo cual podría plantear dudas en si aplicar la LSSI al servicio prestado por las redes sociales. Sin embargo, algunos autores como Del Valle Aznar Esquivel reflexionan lo siguiente³¹:

A tenor del precepto 2 b) Directiva 2000/31/CE, el prestador de servicios es aquella “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”, lo que casa con la transposición que realiza la LSSI en su anexo de definiciones; estos prestadores actúan a través de portales, motores de búsqueda u operadores de telecomunicaciones, siempre y cuando se presten a título por medio de la vía electrónica, aunque en algunos casos podrían prestarse de forma gratuita.

²⁸ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12 de julio de 2002).

²⁹ Plaza Penadés, J., “Los contratos informáticos y electrónicos”, en De Verda y Beamonte J.R (coords.), *Derecho Civil II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 561-563.

³⁰ *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., p.26.

³¹ Del Valle Aznar Esquivel, P., “El contrato electrónico”, *Actualidad Civil*, n.2, 2018, pp 1-17.

Por lo tanto, parece que los SRS pueden quedar encuadrados perfectamente dentro de los SSI y por consiguiente que les sea aplicable la LSSI en lo relativo a contratación. Además, cabe decir que el Grupo de Trabajo 29 (en la actualidad llamado “Comité de Protección de Datos Personales”) definió en su Dictamen 5/2009 los SRS como servicios de la sociedad de la información.

Por otra parte, cabe hacer mención a la relación de dicha ley con la anteriormente mencionada, ya que el art. 94 de la TRLGDCU establece que “Cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente, salvo lo previsto en el artículo 97.7, párrafo segundo”, por lo que la LSSI prevalece sobre la TRLGDU, esto es así debido al principio de especialidad, la norma especial prevalece sobre la general. Sin embargo, atendiendo a la excepción del art.97 el principio de especialidad no impera en todos los supuestos ya que cuando se trata de cuestiones precontractuales prevalece la TRLGDCU por su mayor protección y así aumentando la seguridad jurídica.

4. Obligaciones precontractuales

Al situarnos en el marco de los contratos de adhesión en los cuales, las cláusulas de contratación vienen impuestas por el prestador de servicios es importante señalar la existencia de una serie de obligaciones que deben imperar previamente a la formación del contrato, siendo el elemento central la buena fe, la cual debe estar presente antes y después de la contratación y con más razón en este tipo de contrato en el que las cláusulas son impuestas a una de las partes³².

En primer lugar, se analizará el tratamiento que las distintas legislaciones tratadas hasta el momento hacen de dichas obligaciones, y, en segundo lugar, la más importante de ellas que es la de que el prestador de servicios se preocupe por que las el contrato se comprensible.

4.1 Tratamiento de la legislación actual

³² Monsalve Caballero, V., “La buena fe como fundamento de los deberes contractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción”, *Revista de derecho*, n. 30, 2008, pp. 31-73.

La información en este ámbito debe cumplir un conjunto de requisitos establecidos en los artículos 60,96 y 97 de la TRLGDCU y 27 de la LSS, afectando dichos requisitos tanto a las características del contenido de la información como método de proporcionarla.

4.1.1 La información previa al contrato del art. 27 de la LSSI

La LSSI en su art. 27 establece obligaciones previas de los prestadores de servicios que se someten a dicha ley siendo la que mayor importancia presenta en relación a las redes sociales aquella que se encuentra en su primer apartado, en relación a los trámites para la contratación, el archivo y accesibilidad del contrato, los medios técnicos para la detección y corrección de errores y las lenguas en que puede formalizarse el contrato, de manera que dicha información sea puesta a disposición del cliente previamente a la iniciación del proceso y permanentemente.

El art 27.1 prevé que las obligaciones de información son complementarias al resto de obligaciones y requisitos relativas a la información que se regulan en otras normas. Sin embargo, dicho artículo se caracteriza por la mayor protección hacia los destinatarios de los SSI que celebran contratos click-wrap³³.

La preocupación del legislador parece residir en la falta de conocimiento sobre Internet que puede haber por parte del consumidor, pudiendo esto situarles en una posición de indefensión respecto con el procedimiento de contratación de un sitio web³⁴.

En la misma línea, la Exposición de Motivos de la LSSI reafirma el objetivo de la Ley por: “proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet”. Además, también se muestra una gran preocupación por la parte adherente estableciendo que en momento de la contratación “el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos [...]”

4.1.2 La obligación precontractual de la TRLGDCU

³³ Rojas, S. y Blanco, F.J.” Obligaciones de información previas y posteriores a la contratación en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.8,2004,pp. 65-78 .(disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1236/documento/trib05.pdf?id=2030> 5/02/2019)

³⁴ “Obligaciones de información previas y posteriores a la contratación en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, cit., p.69.

En lo que respecta la TRLGDCU la obligación precontractual debe cumplir los requisitos de los arts. 60, 96 y 97 de dicha ley.

En primer lugar, como establece Diez Ballesteros “resulta destacable el de que el legislador haya querido asegurar el derecho a la información previa a la celebración de un contrato por vía electrónica mediante la acumulación de adjetivos”³⁵, ya que el art. 60 de la TRLGDCU exige que la información sea “relevante, veraz y suficiente” y al igual que lo exige el art. 97 de la TRLGDCU en la forma de facilitar la información. Además, cabe mencionar la exigencia del art. 18 de la TRLGDCU de que dicha información sea eficaz en relación con las características esenciales de los productos y servicios que se ofertan a los consumidores.

Otra característica de dicha información es la inclusión de la gratuidad por el art. 60.4 TRLGDCU con lo que se puede deducir una clara intención por parte del legislador de disminuir prácticas lesiva que venían sucediendo por parte del prestador de servicios³⁶.

Cabe plantearse en caso de ausencia de alguno de estos elementos si cabe inexistencia de dicha oferta precontractual.

En caso de que no se den alguno de estos elementos, en relación con lo que establecen los arts. 60 y 97 TRLGDCU habrá que entrar a determinar si “su influencia en la modulación del error y el dolo como causa de anulación del contrato, así como posible fuente de responsabilidad “in contrahendo” del oferente que omite deliberadamente el cumplimiento de estas obligaciones legales”³⁷

4.2 Exigencias de comprensibilidad

4.2.1 Forma que debe revestir la información comprensible.

En muchas legislaciones a las que se ha ido haciendo referencia a lo largo del trabajo se otorga una gran importancia a la comprensibilidad de la información como se comentará a continuación.

³⁵ Diez Ballesteros, J.A” Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.4, 2008, pp.6-23.

³⁶ Álvarez Moreno, M.T.,*La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*, Reus, Madrid, 2015.

³⁷ Arranz Alonso, L.” Los contratos del comercio electrónico”, en Mateu de Ros y López Monís (coords.), *La ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 204 -205.

Según la LSSI las cualidades que debe revestir cualquier información es que la misma sea “clara, comprensible e inequívoca”. En cuanto a la normativa de la TRLGDC, de la misma se desprende en dos de sus artículos cómo debe ser la información. Por un lado, en su artículo 60 se dispone que “la información debe ser relevante, veraz y suficiente” y por otro su artículo 97 reza “el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información”. Gran importancia se le otorga a dicha exigencia en la normativa relativa a condiciones generales estableciendo aquello en lo que se debe evitar en su art. 7 LCGC “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”³⁸.

En virtud de las presentes legislaciones es visible la preocupación del legislador en las cualidades de la información de cara que la misma sea comprendida por el consumidor.

4.2.2 La comprensibilidad en los contratos electrónicos y de consumo.

La LSSI estipula las exigencias de claridad, inequívocidad y comprensibilidad en cuanto a la información, sin embargo, la TRLGDCU únicamente exige el primer y tercer requisito.

Por claridad debe entenderse que el prestador del SRS emite el mensaje de forma que el usuario no encuentre problemas a la hora de entender lo que está escrito. En cuanto a la inequívocidad, puede ser entendido como los esfuerzos para que a la persona contratante no le surjan dudas en relación a lo que pretende ser contratado lo cual también debe desprenderse en el consentimiento como detallará más adelante. Por último, la exigencia de comprensión supone que la información sea entendida por el consumidor medio y no existan gran cantidad de tecnicismos en el texto como ha explicado Picatoste Bobillo: “La información ha de ser comprensible, lo que no ocurre cuando el consumidor es forzado a informarse en condiciones de apremio o presión que le impiden un sosegado examen del contenido del contrato”³⁹.

El objetivo de exigir por parte de los textos legales los adjetivos analizados en el ámbito de los contratos electrónicos y de consumo es proteger al consumidor y no ocasionarle ningún perjuicio, lo cual es muy necesario en el ámbito de las redes sociales donde se ponen en juego derechos tan importantes como es por ejemplo el de propia imagen.

³⁸ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 4 de mayo de 1998)

³⁹ Picatoste Bobillo, J., “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Actualidad Civil*, nº4, 2011, pp.1-43.

4.2.3 Exigencia de idioma comprensible.

El idioma en cuanto a la comprensibilidad de los términos de los SRS es un elemento clave, de manera que lo más importante es que la información aparezca en un idioma conocido por el destinatario de la misma.

Prueba de su importancia, es que la mayoría de los textos legales se refieren al idioma. La TRLGDCU en sus arts. 60.4 y 98.1 establecen que la información precontractual sea “al menos en castellano”. En cuanto a la LSSI, no recoge expresamente la lengua en la que debe aparecer la información del contrato, si no que en su art. 27 apartado d) dispone:

[...]el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación [...]información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos [...]la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato.

Así pues, si el texto no aparece en un idioma conocido por el usuario se está violando el requisito de comprensibilidad exigido. La mayoría de las empresas prestadoras de servicios de redes sociales son extranjeras, por lo que los prestadores de SRS deben preocuparse de que si su servicio se oferta para extranjeros se haga en cada uno de los idiomas donde se ofrece el servicio, por ejemplo, si la oferta contractual es dirigida a usuarios españoles la misma deberá figurar en español. A este respecto, cabe mencionar la STJUE de 7 de diciembre de 2010 en cuanto a determinar si una actividad se dirige o no de un Estado a otro la misma, la cual derivó a la existencia de un listado ejemplificativo sobre el que Castellanos Ruiz ha establecido al tenor de la presente sentencia:

Los indicios que, combinados, se consideran suficientes para considerar la actividad del vendedor dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor son los siguientes (apartados 83, 84 y 93): a) el carácter internacional de la actividad, como algunas actividades turísticas, b) la descripción de los itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, c) la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, d) la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional e) los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, f) la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado en que está establecido el vendedor —por ejemplo «de»— o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros —como «.com» o «.eu», g) la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes. No se trata de una lista exhaustiva, sino de

una lista ejemplificativa y, en todo caso, le corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios⁴⁰.

De los indicios señalados algunos se pueden aplicar al ámbito de los SRS como el prefijo internacional telefónico o el dominio web internacional, además del carácter internacional de la actividad ya que existen muchas redes sociales cuyo objetivo es conectar a usuarios de distintos países.

5. Obligaciones del titular de la red social

La LSSI establece una serie de obligaciones cuyo objeto es proteger a los destinatarios del servicio. En este capítulo se hará un análisis de dichas obligaciones y cómo deben ser cumplidas en el ámbito de las redes sociales.

5.1 Deber de información de la identidad y circunstancias de la red social

A raíz de la trasposición de la Directiva 200/32 la LSSI recoge un conjunto de obligaciones destinadas a los prestadores de servicios para que los usuarios puedan disfrutar de un completo conocimiento sobre la identidad y circunstancias del prestador de servicios. Por otro lado, cabe mencionar, la obligación precontractual del art. 60.2 TRLGDCU en el cual recoge la obligación de que el empresario antes de iniciar el procedimiento de contratación debe informar sobre su identidad y circunstancias.

A esta exigencia debe añadirse el art. 10 de la LSSI, ya que el mismo recoge un listado de datos que todo prestador de servicios de la Sociedad de la Información debe proveer a usuarios de manera que los mismos puedan identificarlos completamente, como por ejemplo el nombre de denominación social del prestador de servicios, la actividad que se ofrece electrónicamente, los datos de inscripción en el Registro Mercantil o el número de identificación fiscal entre otros.

Sin embargo, del presente artículo en relación el tema que nos ocupa es la forma en que la información mencionada debe presentarse “por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita”, en el caso de las redes sociales reflexionan Agustinoy Guilayn y Monclús Ruis:

El cumplimiento de las obligaciones anteriormente apuntadas no debería suponer una gran dificultad, dicho cumplimiento parece más complejo en el caso de los usuarios de las redes sociales que hagan un uso comercial o profesional de sus perfiles. A tal efecto, parecería

⁴⁰ Castellanos Ruíz, E., “El concepto de actividad profesional ‘dirigida’ al estado miembro del consumidor: stream-of-commerce, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol.4,n.2, 2012, pp. 70-92(disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1612-1047-1-PB.pdf> ; última consulta 25/03/2019)

que la inclusión de un enlace en dicho perfil a la información requerida (o a la sección relevante en respectivo sitio web) debería constituir un medio apropiado para cumplir este deber en un entorno tan dinámico como en las redes sociales⁴¹.

Por otro lado, cabe mencionar lo establecido en el apartado segundo del art. 10 de la LSSI el cual presume que la obligación del apartado primero se presenta correctamente si aparece en la página web del prestador de servicios siempre y cuando el acceso sea “fácil, directo y gratuito”, sin embargo en el ámbito de las redes sociales este presupuesto no se suele cumplir ya que las políticas de privacidad no suelen ser claras y honestas, llevando a los usuarios de las redes sociales a no leerlas en muchos casos y si lo hacen no las entienden⁴².

Esto es lo que ocurre por ejemplo en el caso de Facebook, ya que la información no aparece en su página de inicio por lo que se puede comprobar que el acceso no es fácil como exige el artículo. Para poder acceder a la información hay que pulsar el botón de “condiciones”⁴³ en el que se encuentra un enlace describiendo sus servicios, llamando la atención lo complicado que resulta contactar con el proveedor y esclarecer la información obligatoria del art. 10 LSSI. No resulta complicado buscar “Ayuda” cuando ya se es usuario de la red social, pero para que revistiera de esa facilidad que exige el artículo debería ser igual de fácil acceder a dicha información. Los requisitos de gratuidad y permanencia sí que parecen cumplirse, con expresiones como las de “enlace permanente”.

Además, en relación a este tema, es el aspecto necesario de la predictibilidad que protegen al usuario de Facebook como señalan autores como Vilasau Solana la cual lo reflexiona del siguiente modo:

Esto es, no permitir cambios súbitos de políticas de privacidad que puedan coger totalmente desprevenidos a los usuarios. GRIMMELMANN pone el ejemplo de Facebook que en un determinado momento estableció un link entre determinadas páginas de compra por internet y su red social, de modo que aparecerían las adquisiciones en el perfil del usuario. El autor señala que esa práctica según la Directiva 95/46 constituirá un cambio de finalidad del tratamiento y por lo tanto exigiría el consentimiento del sujeto (un nuevo consentimiento ya que se trataría de una nueva finalidad). Sin embargo, en el marco normativo de los Estados Unidos no queda tan clara la protección por eso se considera relevante impedir cambios súbitos sin advertir previamente a los usuarios⁴⁴.

Con estos autores se ve claramente la importancia de que las redes sociales sean cautelosas el tratamiento de sus datos con respecto a usuarios ya que los mismos pueden

⁴¹ Aspectos legales de las redes sociales, cit., p.31.

⁴² Vilasau Solana, M., “Privacidad, redes sociales y el factor humano”, en Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. (coords.), *Derecho y redes sociales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp.55-79.

⁴³ <https://www.facebook.com/legal/terms>, última consulta 10/03/2019.

⁴⁴ “Privacidad, redes sociales y el factor humano”, *Derecho y redes sociales*, cit., p.79.

condicionar su tratamiento de datos, por lo que resulta necesario un especial cuidado en lo referente a dicha obligación ya que una acción puede condicionar a una comunidad entera.

5.2 Deber de información respecto de los procedimientos de contratación

La LSSI recoge como uno de sus objetivos el hecho de que los usuarios tengan información completa respecto de los productos o servicios que van a adquirir electrónicamente, es por ello que a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información se les impone una serie de obligaciones en el momento que se produce la contratación electrónica.

En primer lugar, la información objeto del procedimiento de contratación debe cumplir con una serie de requisitos que Agustino y Guilayn y Monclús Ruis resumen en los siguientes puntos:

- (i) Ofrecerse con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación en cuestión.
- (ii) Garantizar que la información requerida se ofrece a los usuarios de modo claro, comprensible e inequívoco.
- (iii) Ofrecerse a través de entornos adaptados al medio de comunicación utilizado, elemento que puede tener particular importancia en el ámbito de las redes sociales, dado el creciente uso de dispositivos móviles para la interacción con los usuarios. En este sentido, la propia LSSI establece *que 'cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de forma permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario'*.
- (iv) Asegurar que la información en cuestión se pone a disposición de los usuarios de forma permanente, fácil y gratuita.
- (v) Cubrir los siguientes extremos: (1) descripción de los trámites a seguir para concluir el correspondiente contrato; (2) copia del contrato que vaya a aplicarse a la relación que se vaya a formalizar con el usuario-permitiendo al usuario obtener una copia en formato electrónico-; (3) puesta a disposición del usuario de los medios técnicos necesarios para identificar y corregir los errores que puedan producirse en el marco del proceso de contratación; y (4) indicación de las lenguas disponibles para el desarrollo y ejecución del proceso contractual⁴⁵.

En relación a estos puntos señalados, se comprueba que en las redes sociales se debe prestar especial cuidado ya que, el momento de darse de alta, al usuario se le piden una gran cantidad de datos, los cuales inciden en la privacidad del sujeto infringiéndose el punto (ii) como ya se ha señalado anteriormente ya que en el inicio del proceso de contratación no suele quedar explicado suficientemente el uso de los datos. Sin embargo, en lo referente a lo establecido en el punto (v) es cierto que la mayoría de las redes sociales cubren los extremos, pero el problema reside en que para los usuarios la

⁴⁵ Aspectos legales de las redes sociales, cit., p.33.

comprensión de dicha información resulta complicada no entendiendo en muchos casos lo que se está contratando como se verá en el caso de Facebook.

Por otro lado, una vez que ha terminado el proceso de contratación también se recogen por parte de la LSSI una serie de obligaciones encaminadas a proteger al usuario. En este sentido, el prestador de la red social en un plazo de 24 horas deberá remitir al usuario la confirmación de la contratación a través de cualquier medio de comunicación electrónica de forma que:

En el ámbito de las redes sociales – al igual que en el caso de otros servicios gratuitos ofrecidos por Internet como, por ejemplo, la activación de una cuenta de correo electrónico en sitio web de público acceso- esta confirmación normalmente adoptará la forma de envío de un mensaje de correo electrónico confirmando el alta a la red [...], complementando con una pantalla de confirmación de la contratación que ponga fin al proceso de registro y alta (es decir, de contratación de los correspondientes servicios) en la red social de que se trate⁴⁶

Es necesario, a este respecto que la información presentada en el contrato aparte de hacer referencia al momento de alta en la red social, haga referencia al resto de momentos del usuario en la red social ya que se encuentran diferentes peligros de los que debería ser alertado al darse de alta en la red social.

En la etapa referida al desarrollo de la actividad los usuarios ponen en la red social grandes cantidades de información compartiendo en muchas ocasiones información sobre terceros sin su consentimiento lo cual necesita de un mayor control⁴⁷ e información en el momento que se produce la contratación.

Por último, la etapa con la que finaliza el usuario su andadura en la red social y en el que debe prestar especial atención es de darse de baja de la red social, ya que no existe una garantía de que vayan a desaparecer todos sus datos por lo que es necesario una ampliación del clausulado de este tipo de contratos en los que queden muy bien delimitados cómo es el proceder de cada de uno de estos momentos siendo esencial para la garantía de la seguridad jurídica de cualquier sujeto que accede a contratar con la plataforma.

6. El consentimiento válido para la recogida y el tratamiento de datos personales a través de redes sociales.

⁴⁶ *Aspectos legales de las redes sociales, cit.*, p. 34.

⁴⁷ Esta cuestión entornos al consentimiento de terceros se tratará en mayor profundidad en el apartado relativo al consentimiento.

Para que una red social pueda servirse de la recogida y tratamiento de datos personales de un individuo debe cumplir con una serie de requisitos como es el consentimiento, el cual es un elemento esencial cualquier relación contractual⁴⁸. La LOPDGDD⁴⁹ en su artículo 6 define las exigencias respecto a dicho consentimiento, resumiéndose en los términos que se explicarán seguidamente.

6.1 Consentimiento inequívoco

La autorización de forma expresa por parte del afectado constituye la primera de las exigencias legales del art. 6 de la LOPDGDD.

En lo que se refiere al consentimiento que la red social debe conseguir de los usuarios, Agustinoy Guilayn y Monclús Ruis establecen que:

Los correspondientes textos contractuales a aceptar (básicamente tanto las condiciones generales de contratación de los servicios en cuestión, así como las políticas de protección de datos y de gestión de cookies) deben ser claros y permitir al usuario ser consciente de las condiciones en las que se van a tratar sus datos personales como consecuencia de su alta y posterior uso de la red social en cuestión⁵⁰.

La dificultad resulta mayor en relación al consentimiento que debería obtener una red social en consideración a la recogida y difusión de datos personales de terceros. Esta cuestión será abordada en profundidad más adelante, sin embargo cabe destacar que en relación a estos supuestos en cualquier caso el afectado debe dar su aprobación para el tratamiento de los datos lo cual resulta problemático en el ámbito de las redes sociales⁵¹.

Por último, cabe hacer referencia al consentimiento inequívoco prestado por menores siendo estos unos de los colectivos más activos en las redes sociales. En este sentido, la LOPDGDD establece que podrán prestarlo a partir de los catorce años. En el mismo artículo se establece que los menores de catorce años, deberán obtener el consentimiento de los padres o tutores del menos condicionado a una acreditación documental mínima.

A este respecto Agustinoy Guilayn y Monclús Ruis ven necesario que la redacción de la política de protección de datos que acepten los menores utilice un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos para que tales menores puedan entender los

⁴⁸ *Derecho de obligaciones y contratos, cit.*, p.406.

⁴⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre de 2018)

⁵⁰ *Aspectos legales de las redes sociales, cit.*, p. 49.

⁵¹ *Aspectos legales de las redes sociales, cit.*, p. 50.

parámetros fundamentales de tratamiento que se vaya a hacer de sus datos personales en el marco de la red sociales en cuestión ⁵².

6.2 Consentimiento informado

Como punto inicial, es necesario establecer que el titular de la red social informe al usuario de los mínimos legales que se establece en la LOPDGDD en su art.6.

De este modo lo estableció la AEPD en su informe jurídico nº93/2008, en el que se indica:

La manifestación de los requisitos legalmente exigidos al consentimiento del afectado se realiza en la práctica a través de la información al afectado, en el momento de la recogida de sus datos de carácter personal de los extremos esenciales relacionados con el tratamiento, recabando a tal efecto su consentimiento en relación con los aspectos específica e inequívocamente hechos constar en la mencionada información⁵³.

Así pues, el usuario según Agustino y Guilayn y Monclús Ruis establecen en su libro que:

El afectado deberá ser informado al menos de los siguientes puntos: De la existencia de un fichero o tratamiento de datos, así como de la finalidad de dicho tratamiento y de los destinatarios de la información recabada del afectado. Deberán indicarse igualmente aquellas otras circunstancias que vayan a ser relevantes respecto del tratamiento de los datos; En caso de que se vaya a producir una cesión a terceros de los datos recabados, de las finalidades a los que se dedicarán tales datos, así como del tipo de actividad que desarrolle el cesionario o cesionarios de tales datos. Del carácter obligatorio o facultativo de la comunicación de los datos en cuestión. De las consecuencias derivadas de la comunicación de los datos y de su posterior tratamiento, así como de la negativa a comunicar tales datos. De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación respecto a los datos a ser comunicados. De la identidad y datos del contacto del responsable tratamiento que vaya a hacerse de los datos en cuestión⁵⁴.

Atendiendo a Díez Picazo y Gullón “Si el consentimiento es la raíz de todo contrato, debe de haberse formado rectamente, no de un modo defectuoso, y será vicio del mismo todo lo que haya impedido alcanzar el resultado”⁵⁵, por lo tanto se entiende que si se incumplen algunos de los puntos anteriormente mencionados, el consentimiento será nulo siendo nula la relación contractual entre el prestador de la red social y el usuario de la misma ⁵⁶.

6.3 Consentimiento previo

La AEPD en informe jurídico nº93/2008 que el consentimiento del usuario:

⁵² Aspectos legales de las redes sociales, cit., p. 51.

⁵³ Agencia Española de Protección de Datos, “Formas de obtener el consentimiento mediante web: Consentimientos tácitos”, 2008 (disponible en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2008-0093.pdf>, última consulta; 24/02/2019)

⁵⁴ Aspectos legales de las redes sociales, cit., p. 52.

⁵⁵ Díez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016, p.46.

⁵⁶ Aspectos legales de las redes sociales, cit., p.53

habrá de recabarse de tal forma que resulte imposible la introducción de dato alguno sin que previamente el afectado haya conocido la advertencia que contenga las menciones a las que nos hemos referido, pudiendo servir como prueba del consentimiento la acreditación de que el programa impide introducir los datos sin antes haber aceptado el aviso legal al que hemos hecho referencia.⁵⁷

Por lo tanto, del consentimiento informado se desprende el consentimiento previo siendo necesario un tiempo para que el usuario pueda comprender los términos del tratamiento para los que otorgará su consentimiento⁵⁸.

6.4 Consentimiento libre

El consentimiento prestado deber ser libre, esto es sin que exista vicios del consentimiento, ya que como dice el art 1265 CC “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo” o como dice el art. 1266 CC por error cuando recaiga sobre “la sustancia de la cosa de la que fuere objeto el contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

Dicho requisito deberá modularse teniendo en cuenta la capacidad de discernimiento del usuario, por lo que en el caso de los menores habrá que cerciorarse de que recibe la información requerida para el tratamiento de sus datos⁵⁹.

6.5 Consentimiento revocable

El último requisito es la revocabilidad del consentimiento que supone la obligación por parte de la red social de ofrecer un sistema de revocación en caso de desistir en el tratamiento de sus datos personales⁶⁰. Esto es muy importante en el caso de las redes sociales, ya que cuando el usuario se da de baja en las mismas sus datos personales siguen estando recogidos en ellas, por lo que debe prestarse gran atención a esta característica.

6.6 Difusión de imágenes en redes sociales sin consentimiento

Una vez ha sido explicada la forma del consentimiento en las redes sociales y conjugando las mismas con los derechos de imagen de la persona, cabe hacer una extensa referencia a una de las principales problemáticas que presentan las mimas. Dicha problemática es el hecho de compartir una fotografía en redes sociales por parte de terceros sin consentimiento del individuo.

⁵⁷ Agencia Española de Protección de Datos, “Formas de obtener el consentimiento mediante web: Consentimientos tácitos”, 2008 (disponible en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2008-0093.pdf>, última consulta; 24/02/2019)

⁵⁸ *Aspectos legales de las redes sociales, cit.*, p.54

⁵⁹ *Aspectos legales de las redes sociales, cit.*, p.55

⁶⁰ *Aspectos legales de las redes sociales, cit.*, p.55

Son muchos los casos de personas que se encuentran con una imagen suya en Facebook, Instagram o cualquier otra red social sin haber prestado su consentimiento.

En este sentido, tal y como se ha mencionado en apartados anteriores la LO 1/1982. establece como intromisiones ilegítimas en su art.7:

- a) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previsto en el artículo 8.2 b)
- b) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga

Las redes sociales se caracterizan porque los individuos crean en su perfil una comunidad albergando una gran cantidad de contactos, los cuales desconocen que no es lo mismo compartir imágenes propias que publicar fotos en las que salen terceras personas que no nos han consentido que su imagen se comparta en dicha red social.⁶¹

De este modo, cabe plantearse cuándo nos encontramos ante un consentimiento expreso y cuando no.

Partiendo de la LO 1/1982 en su art 2.2., el mismo recoge que el consentimiento expreso del titular del derecho no posibilita hablar de intromisión ilegítima. Así pues, en el ámbito de los derechos de imagen de la persona, la controversia gira en si el posado en sí constituye una forma de consentimiento.

A este respecto, algunos autores como Escribano Tortajada⁶² se han pronunciado intentando dilucidar si existe posibilidad de consentimiento tácito si el individuo que posa en la foto conoce que el tercero que las hace comparte a menudosus fotos en las redes sociales. Dicha autora duda sobre el hecho de si existe consentimiento tácito en el supuesto de dejar que una persona sobre la que se conoce que suele colgar fotos en las redes sociales, lo que no debe entenderse como que si se consiente una vez se tenga autorización para compartir fotos en cualquier ocasión.

⁶¹ Tojo Méndez, R., “La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en internet y redes sociales”, *Actualidad Civil*, n. 10, 2017.

⁶² Escribano Tortajada, P., “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, en Fayos Gardó A. y Conde Colmenero P. (coords.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dyckinson, 2015, pp.81-84

Otros autores como Tojo Méndez, sostienen que “no puede asimilarse el hecho de posar al hecho de prestar un consentimiento expreso a la difusión de la imagen en una red social, sobre todo considerando que esa foto pueden verla miles de personas”.⁶³

En este sentido, es importante mencionar la preocupación jurisprudencial entorno al sentido del doble consentimiento que ya se hizo en la SAP de Madrid de 4 de noviembre de 2003 que aunque la misma no versara sobre redes sociales el Juez formuló las siguientes reflexiones:

[...] el hecho de que interviniera en la citada sesión fotográfica no implica sin más que se autorizara la divulgación de tales imágenes [...] Debe por otro lado ponerse de relieve que correspondía haber acreditado la existencia del consentimiento expreso de la actora a los demandados, consentimiento que no cabe ni que sea tácito, ni basado en meras conjeturas e hipótesis; sino que debe deducirse de actos inequívocos y concluyentes [...] Debiendo por lo tanto deducirse, que al no haberse acreditado en los autos la existencia del consentimiento expreso por parte de D^a Teresa a la utilización de su imagen en la campaña de publicidad llevada a cabo por parte de telefónica móviles, tal hecho debe configurarse como una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a su imagen.⁶⁴

Respecto a la dicha sentencia, llama la atención el hincapié entorno a diferenciar el consentimiento al mero posado del consentimiento a la difusión lo cual ha sido objeto de discusión en numerosas sentencias en distintos tribunales. En la misma línea, cabe hacer referencia a la SAP de Santander de 29 de diciembre de 2018 la cual diferencia entre el consentimiento a la captación y a la difusión del derecho de imagen estableciendo lo siguiente:

Lo único cierto y así lo advierte el propio juez de instancia es que la fotografía fue tomada con el conocimiento de las actoras en cuanto que fueron conscientes de que estaban siendo fotografiadas [...] pero también lo es que en momento alguno conocieron ni menos autorizaron o consintieron su difusión [...] el consentimiento para la captación u obtención es distinto de consentimiento para la difusión. Puede existir aquel y no existir este y aun así se produce la intromisión ilegítima. El consentimiento o autorización debe ser recabado por aquel que pretenda la difusión de la fotografía en que se incorporan con toda claridad unos rasgos físicos que permiten su precisa identificación.⁶⁵

De este modo, es palpable la necesidad de solicitar el consentimiento por parte de la persona que quiera difundir la imagen ya que el consentimiento otorgado para posar en una imagen no se puede equiparar a la difusión de la misma. En esta línea, el usuario de redes sociales que quiera compartir una imagen en redes sociales de una persona que haya

⁶³” La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en internet y redes sociales”, *cit.*, p. 5

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 688/2003 FJ cuarto.

⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 29 de enero de 51/2018 FJ cuarto.

consentido posar en una imagen debe recabar el consentimiento del tercero para poder compartir la misma.

El colectivo que merece mayor atención son aquellas personas que no son parte de la red social ya que en ese caso el procedimiento correcto se caracterizaría por prestar el consentimiento por correo electrónico o medios similares, y en caso de no consentir se tendría que “pixelar”⁶⁶ a esa persona.⁶⁷ Dicha preocupación debería ser a día de hoy el centro de las redes sociales, ya que en muchos casos parecen no darle la importancia oportuna a dicha cuestión cuando debería existir una protección por su parte de cara a terceras personas que no poseen perfil en la red social.

Esta intromisión ilegítima, puede conllevar perjuicios o no, por lo que Atienza Navarro considera que el art 9.3 de la LO 1/1982 suponen intromisiones ilegítimas que causen un daño, ya que puede haber intromisiones ilegítimas pero no daño⁶⁸.

Siguiendo con los daños, conviene prestar atención a la cuantificación del daño en estos casos. Según Escribano Tortajada, en las redes sociales la difusión de la imagen puede ser un número incontable de veces, siendo imposible la cuantificación del número de veces que se visualiza la imagen y alejándose de los Tribunales que cuantifican a partir de la difusión de la imagen⁶⁹.

Entorno a este tema, cabe señalar Jurisprudencia ya que existen sentencias estimatorias resultando importante la STS de 15 de febrero de 2017 en la que se dispone:

Que, en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya "subido" una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 (LA LEY 1139/1982) como excluyente de la ilicitud de la

⁶⁶ Distorsionar la imagen para que no se reconozca al individuo.

⁶⁷ “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, *cit.*

⁶⁸ Atienza Navarro, M.L, “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen”, en De Verdad y Beamonte J.R (coord.), *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p.148.

⁶⁹ *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, *cit.*

captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas.⁷⁰

Con la presente sentencia queda entendido el especial cuidado a los derechos de intimidad y de propia imagen de las personas necesitándose un consentimiento expreso por parte del afectado, sin embargo, tal y como señaló Escribano Tortajada debido a los problemas que se generan entorno a la difusión de una foto en redes sociales sigue siendo necesario que exista una reforma de la LO 1/1982 en cuanto al tema del consentimiento y de la cuantificación del daño.

7. La responsabilidad de los titulares de la red social

En el marco de las redes sociales se encuentran diferentes actores: el proveedor de servicios de la red social, el usuario, creadores de aplicaciones integrados en la propia red social y los anunciantes. Por el objeto del presente trabajo solo se hará referencia a los dos primeros: prestador de servicios de la red social y usuario.

En apartados anteriores, se ha hecho referencia a las controversias particular-particular haciendo referencia a aquellos casos en los que se publican imágenes de terceros sin obtener consentimiento, por lo que es necesario hacer hincapié en los conflictos entre el particular y la red social. Para explicar la responsabilidad de la red social en los conflictos de dicha índole se hará referencia al marco jurídico de la LSSI ya comentado en apartados anteriores.

La LSSI en su art.13 establece la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de información, enunciando de forma general que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”. De forma específica en sus arts. 14 a 17 establece la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, diferenciando la modalidad de servicio.

Antes de continuar con el análisis de dichos artículos, es necesario hacer referencia al hecho de la cantidad de contenido que se publica en redes sociales, por ejemplo en

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero 91/2017 FJ quinto.

Facebook al día se comparten 4501 fotos por segundo⁷¹ por lo que Martínez Otero reflexiona:

Su control a priori resulta totalmente imposible, y exigir a los responsables de dichos websites que vigilen con carácter previo los contenidos que alojan supondría abocarle inmediatamente al colapso. Así pues, se impone conclusión de la responsabilidad en cascada que se aplicaba al tradicional editor de los medios unidireccionales, inspirada en el principio *respondat superior*, ¿no resulta siempre aplicable en el nuevo paradigma comunicativo que ha traído Internet?⁷²

Por lo tanto, a la hora de analizar los arts. 14 a 17 debe hacerse con la consciencia de que el prestador de la red social es un intermediario que debe lidiar con la gran dificultad del control de la extensa cantidad de contenido que se comparte en el servicio.

De forma general se establece que no existe responsabilidad por parte del prestador de servicios por la información almacenada o transmitida si se cumple con dos requisitos: no existir conocimiento de que la información constituye una lesión de derechos de un tercero o que supone una información ilícita; y en caso de tener conocimiento tomar las medidas oportunas para que se cese con dicha actividad en aras de una actuación diligente por parte de la red social⁷³. En este sentido, cabe terminar con otros autores como Pérez Velasco y Conde Castejón, que sostienen que:

[...] los proveedores de servicios son responsables por los contenidos que elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya. Por el contrario, no serán responsables por el ejercicio de actividades de intermediación [...]. Puede afirmarse que la atribución de responsabilidad jurídica guarda relación con el grado de control sobre la información de los distintos agentes que intervienen en el proceso comunicativo⁷⁴.

Por otra parte, el art. 16.1 de la LSSI hace referencia al conocimiento efectivo por parte del prestador de la red social pudiendo suscitar dudas alrededor de qué se debe entender como conocimiento efectivo a la luz de esclarecer si el titular del derecho a la propia imagen es el que debe denunciar a la Red Social o si necesita de algún tipo de formalidad que pruebe la intromisión ilegítima, para ello debemos atender a lo que establece dicho artículo:

⁷¹ Dato obtenido de <https://elcomercio.pe/redes-sociales/snapchat/fotos-comparten-redes-sociales-segundo-371023> ;última consulta 6/03/2019

⁷² *Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento*, cit., p.142.

⁷³ López Richart, J., “Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento”, *Derecho privado y constitución*, n.26, 2012, pp. 143-201.

⁷⁴ Pérez Velasco, M.M y Conde Castejón, J., “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación”, en Fernández Ordóñez, M., Cremades García, e Illescas Ortiz,R. (coords.), *Régimen jurídico en Internet*, Wolters Kluger, Madrid, 2001,pp. 119-128.

[...]Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismo, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntario y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Según Martínez Otero existen dos formas de entender el presente artículo, de forma estricta o más amplia. Si se interpreta de manera estricta, la única forma en la que puede haber conocimiento efectivo es con la existencia de una resolución judicial o administrativa que así lo señale, por el contrario, si elige una interpretación amplia el conocimiento efectivo se puede reconocer a través de cualquier otro procedimiento no tan formal⁷⁵. En aras de una mayor protección, es preferible una interpretación más amplia porque así disfrutará de una mayor amplitud de procedimientos más rápidos y menos costosos que le otorguen una mayor seguridad.

En cuanto a la posición del TS ante este tema, cabe señalar la STS 72/2011, de 10 de febrero conocido como el caso “alabarricadas.com”, no es un caso en el que demandado sea una red social, sin embargo, con ella se aprecia la posición del TS ante casos análogos. Dicha pretensión versaba sobre comentarios despectivos hacia un personaje público albergados en un portal web, lo cual llevó a Tribunal a razonar que no era necesaria una resolución judicial o administrativa para que los titulares de la web “alabarricadas.com” fueran conocedores de la ilicitud de los comentarios, tal y como describe el TS:

La Audiencia Provincial atribuye ese mismo valor revelador a los contenidos almacenados o enlazados por cuanto su ilicitud es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. Considera que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta que no era precisa resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas.⁷⁶

A través de dicha sentencia se comprueba que de las posiciones señaladas anteriormente la que es elegida por el TS es aquella que más amplia, es decir se suma a la línea de que no es necesaria una resolución administrativa o judicial para tener conocimiento efectivo sobre la ilicitud de ciertos contenidos en un espacio web lo cual es extrapolable al objeto del trabajo, las redes sociales.

En vistas a lo anteriormente expuesto, le será imputada responsabilidad al prestador de servicios de las redes sociales cuando teniendo conocimiento efectivo de la existencia de

⁷⁵ *Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento*, cit., p. 143.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 10 de febrero 72/2011 FJ cuarto.

una imagen publicada sin consentimiento no retiren con la diligencia debida dicha publicación. En este aspecto, redes sociales como Facebook tienen la opción de cuando existan imágenes ilícitas ya sean ilegales o de actividades cotidianas el interesado pueda denunciarla indicando la razón por la cual llevan a cabo dicha acción⁷⁷.

8. Estudio del tratamiento del derecho a la propia imagen en el contrato de adhesión de una red social

Habiendo explicado el marco teórico referente a los derechos de imagen en las redes sociales, en el presente apartado se procede a explicar el estado del tratamiento de datos personales como el derecho de propia imagen en las redes sociales, además de un análisis del contrato con una red social en concreto como es el caso de Facebook para analizar en qué medida cumple los aspectos tratados en los apartados anteriores.

8.1 Estado de la cuestión en la jurisprudencia del T.S

La actual jurisprudencia del T.S pone de manifiesto una evolución en cuanto a la justificación de la existencia de una reducción del nivel de protección de la privacidad producida por la cantidad de información que se comparte en las redes sociales, además de los distintos razonamientos que surgen por parte del Tribunal en relación a la protección del derecho a la propia imagen y en qué supuestos es lesionado.

En este sentido, cabe mencionar en primer lugar la STS 91/2017 de 15 de febrero en la que se determinó que la publicación de unas imágenes por un medio de procedentes del perfil de un usuario de una red social suponía una intromisión en dicho derecho, considerando que compartir de forma pública una imagen no supone la autorización a terceros de su divulgación. Además, como se explicó, aunque la configuración del perfil sea pública ello no conlleva autorización a terceros al uso de las imágenes. En esta línea, en relación al consentimiento la misma establece que el consentimiento debe ser expreso tal y como se ha explicado en el apartado relativo al consentimiento.

En el sentido de la presente sentencia Messía de la Cerda Ballesteros reflexiona que:

[...]parece razonable pensar que un usuario de una red social, si bien espera que los contenidos que incluye sean difundidos con mayor o menor profusión en dicho ámbito, sin

⁷⁷ <https://www.facebook.com/help/428478523862899> última consulta 7/03/2019

embargo, no tiene la misma actitud respecto de posibles difusiones en medios de comunicación, que tienen por objeto la información [...].⁷⁸

En este sentido, parece razonable atribuir dicha reflexión a la argumentación dada por el T.S. Dicha argumentación parece que reviste de sentido ya que, como se ha explicado anteriormente, el consentimiento debe ser expreso siendo así para el ámbito de las redes sociales y no más allá de las mismas.

Por otro lado, en la STS 476/2018 de 20 de julio no se pronuncia de igual modo en un caso que, al igual que la sentencia anterior, versa sobre el contenido compartido en redes sociales.

En relación al derecho de propia imagen la misma establece que no se existe intromisión ilegítima debido a que las fotos fueron sacadas con el consentimiento del interesado siendo las mismas compartidas en redes sociales por personas cercanas del mismo. Estable el T.S que el consentimiento para su publicación en un primer momento se traduce en un consentir también otras difusiones posteriores.

Por lo que, a diferencia de la anterior sentencia mencionada, no declara la ilicitud de los actos de difusión por considerar que son “usos sociales” legítimos de Internet el publicar de forma abierta una imagen en una red social, de manera que acepta que dicha conducta sea presupuesto para que la misma pueda ser usada en otras redes sociales. Sin embargo, aunque es cierto que con la voluntad del usuario de elegir la opción pública de perfil de red social simula que su voluntad es no restringir el visionado de sus imágenes a terceros, dicho argumento se contrapone a la exigencia del doble consentimiento y del consentimiento expreso en cuanto a su derecho de imagen el cual por muy vacío que pueda quedar no debe lesionarse.

En la misma línea y como solución a la controversia que se vive en el panorama actual cabe mencionar el art. 25.2 del Reglamento de Europeo 2016/679 de 19 de abril en el que se establece la protección de datos por defecto, por lo que Messía de la Cerda Ballesteros establece:

Una interpretación adecuada de este artículo quizás debiera suponer que los responsables de las redes sociales establezcan el menor acceso a los datos personales de los usuarios por los

⁷⁸ Messía de la Cerda Ballesteros, J. A, “El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?”, *Actualidad Civil*, n. 12, 2018, pp. 1-11.

terceros, reservado exclusivamente a aquéllos que han conectado con los mismos, salvo que el propio titular de la cuenta disponga el acceso universal a sus contenidos.⁷⁹

Por lo tanto, es necesaria mayor actuación por parte de los operadores de las redes sociales en este ámbito necesitando que implanten mecanismos de seguridad en lo referente a los datos de los usuarios poniendo en conocimiento de los mismos las consecuencias de ciertos actos.

8.2 Supuestos sobre el tratamiento de la imagen de las personas en redes sociales y su adecuación a la ley.

La Agencia Española de Protección de Datos en su informe 0241/2011 establece que por la naturaleza de las redes sociales los actos de acceso a los contenidos personales, como pueden ser los derechos de propia imagen, implican un otorgamiento del consentimiento por parte de los interesados de forma expresa para el tratamiento de sus datos.⁸⁰ Además, resulta también necesario dicho consentimiento expreso con el resto de usuarios con los que no se tiene la conexión de amigos.

En este sentido, resulta necesario que sean las propias redes sociales las que en sus políticas de privacidad pongan los medios necesarios para recabar dicho consentimiento, ya que tal y como sostiene Vilau Solana : “Las redes sociales tienen sus reglas y sus consecuencias y hay que ser conscientes de ellas en este nuevo escenario en el que nos movemos con cierta inconsciencia e ingenuidad”.⁸¹

Por otro lado, cabe mencionar los supuestos de divulgación de la imagen por terceros que tal y como se ha señalado anteriormente a través de la STS 91/2017 de 15 de febrero son actos que no se encuadran dentro de la finalidad de la red social y de lo que los usuarios aceptan al unirse a las mismas.

Siguiendo con la STS 476/2018 de 20 de julio cabe destacar la diferencia que realiza entorno al ámbito en el que se produce la divulgación de los derechos de imagen y cuál es el contexto de la imagen, que conviene que sean diferenciados. Dicha sentencia enuncia que:

Lo expuesto no obsta a la ilegitimidad de la publicación de imágenes cuando, aun encontrándose disponibles en Internet, resulte evidente, por su contenido o por las

⁷⁹ “El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?”, *Actualidad Jurídica*, cit., p.6

⁸⁰ Agencia Española de Protección de Datos, Informe 0241/2011 (disponible en <https://www.aepd.es/informes/index.html>, última consulta 6/4/2019)

⁸¹ “Privacidad, redes sociales y el factor humano”, *Derecho y redes sociales*, cit., p.56.

circunstancias que las rodean, que las mismas constituyen una intromisión ilegítima en derechos de la personalidad. En tales casos, resulta indudable que la publicación previa se ha realizado sin el consentimiento del afectado, por lo que la previa publicación en Internet, por su carácter ilegítimo, no legitima la reutilización pública de tales imágenes.

De la misma se puede deducir que la intromisión en el derecho de propia imagen en Internet acontece cuando no existe consentimiento previo por parte del interesado lo que resulta claro de “de su contenido o de las circunstancias que lo rodean” por lo que como han señalado autores como Messía de la Cerda Ballesteros es necesario un estudio detallado de caso teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto.

8.3 La relación contractual con Facebook.

El acceso a la red social Facebook es sencillo estando en la actualidad al alcance de cualquier individuo, ya que con un click en “acepto” en sus Términos y Condiciones de uso el usuario potencial puede disfrutar de un perfil en la red social.

Como se ha venido explicando durante el trabajo, la relación contractual entre el usuario y Facebook surge a partir de un contrato de adhesión ya que se encuadra en la definición que ofrecen autores como Navarro Mendizábal “el contrato de adhesión es aquél en el cual el oferente propone condiciones a una gran masa de público en general de manera des individualizada y el aceptante se adhiere o no al mismo”⁸². Además, no admite modificaciones por lo que la decisión por parte del usuario es sencilla: aceptar o no aceptar.

El problema principal respecto a este tipo de contratos es que en muy pocas ocasiones los usuarios se detienen a leer las condiciones, por lo que contratan sin ser conocedores de cuáles son las condiciones de su relación contractual con la red social.

En este punto, encontramos el primer problema relativo a la comprensibilidad de la información como se ha mencionado en apartados anteriores, ya que la información facilitada es densa y difícil de comprender. Sin embargo, como han señalado algunos autores ante este problema no es todo culpa de la red social si no que la formación debe ser adecuada, en este aspecto debe ser ampliada tal y como reflexiona Vilasau Solana sobre la misma:

Considero que no debe abandonarse en este terreno, pero soy un tanto escéptica respecto de la eficacia de la formación. Por ejemplo, en el caso de España, a pesar de que la población declara sentirse preocupada por la privacidad, parece que esa inquietud se diluye un poco cuando el sujeto accede a un entorno virtual [...] Considero que para facilitar una formación

⁸² *Derecho de obligaciones y contratos, cit.*, p.288.

adecuada es conveniente tener en cuenta la perspectiva de los sociólogos y también analizar la psicología del usuario en tanto que internauta [...] Al estar on-line la persona puede transformar su percepción de la realidad, pueden surgir otras inquietudes y fantasías; el individuo puede ser más laxo respecto de preocupaciones que son claras en el mundo on-line⁸³.

Facebook ha reaccionado a las exigencias de comprensibilidad tal y como se puede comprobar en su declaración de derechos y responsabilidades:

Tu privacidad es muy importante para nosotros. Hemos diseñado nuestra Política de uso de datos para ayudarte a comprender cómo puedes usar Facebook para compartir información con otras personas y cómo recopilamos y usamos tu información. Te animamos a que leas nuestra Política de uso de datos y a que la utilices para poder tomar decisiones fundamentadas.⁸⁴

Por lo que se ve una preocupación por parte de la plataforma de que el contrato sea comprendido por el usuario, disponiendo el mismo en un formato que es fácil de entender y más acorde a lo que exigen la LSSI y la TRLGDCU. Además, en relación con el idioma, en la propia declaración de derechos y responsabilidades la propia plataforma solicita al usuario que solicite un idioma, sin embargo, la misma también establece “En caso de existir discrepancias entre el original y una versión traducida, el original en inglés es el documento vinculante”, lo cual parece abusivo si se tiene en cuenta la exigencia precontractual de comprensibilidad del idioma enunciada anteriormente a la luz de la LSSI y de la TRLGDCU.

El problema principal, es que la mayor parte de los usuarios no son conscientes de que en el momento de aceptar dichas condiciones han expresado su consentimiento cediendo a la red social una gran cantidad de derechos y renunciando a otros en beneficio de Facebook.

8.3.1 Privacidad

Dentro del acuerdo con Facebook el cual se denomina “Condiciones del Servicio” existe un apartado denominado privacidad el cual cabe analizar siguiendo con la línea del trabajo.

En primer lugar, cabe hacer referencia al tipo de información recopilada por Facebook los cuales en su acuerdo dicen:

El tipo de información que recopilamos depende de la forma en la que usas nuestros Productos [...] Recopilamos el contenido, las comunicaciones y otros datos que proporcionas

⁸³ *Derecho y redes sociales, cit.*, p.74

⁸⁴ Declaración de derechos y responsabilidades de Facebook ,(Disponible en <https://www.facebook.com/legal/proposedsrr/es>, última consulta 12/03/2019).

cuando usas nuestros Productos, por ejemplo, cuando te registras para crear una cuenta, creas o compartes contenido y envías mensajes a otras personas o te comunicas con ellas. Esta información puede corresponder a datos incluidos en el contenido que proporcionas (por ejemplo, los metadatos) o relacionados con este, como el lugar donde se hizo una foto o la fecha de creación de un archivo.⁸⁵

Con este precepto, vemos como Facebook promulga el principio de libertad de información pudiendo cada individuo publicar la información que estime oportuna.

En cuanto a la propiedad de todo aquello que es compartido en Facebook la plataforma dice:

El contenido que creas y compartes en Facebook y los demás Productos de Facebook te pertenece, y ninguna disposición incluida en estas Condiciones anula los derechos que tienes sobre él. Puedes compartir libremente tu contenido con quien quieras y donde desees. No obstante, para proporcionar nuestros servicios, debemos contar con ciertos permisos de uso por tu parte. Puedes compartir libremente tu contenido con quien quieras y donde desees. No obstante, para proporcionar nuestros servicios, debemos contar con ciertos permisos de uso por tu parte.⁸⁶

En el anterior precepto Facebook está indicando al usuario que es el propietario de los derechos del contenido que suben, sin embargo, puede decirse que esto no es del todo cierto ya que Facebook se atribuye una licencia de uso mientras se es usuario de su servicio, pudiendo usar los contenidos de los usuarios. Un ejemplo claro es lo que sucede con los derechos de imagen, que en la plataforma toman la forma de fotografía y es que cuando se sube una imagen a Facebook el servicio tiene derechos de uso sobre la misma, sin embargo, la visibilidad de los contenidos dependerá de la configuración de privacidad.

Con esto se ve cómo, aunque Facebook informa sobre la propiedad pareciendo que es en totalidad del usuario, el mismo no es consciente de la cantidad de derechos que le está otorgando a Facebook sobre sus datos, por lo que podría entrar a discutirse si el consentimiento es válido y reviste las características anteriormente señalada en cuanto a la recogida de datos personales, ya que la cláusula puede llevar a confundir al usuario haciéndole pensar que Facebook tiene menos acceso del que en la realidad tiene. No obstante, al encontrarnos en el escenario de las redes sociales parece que este tipo de licencia es la única forma para que la red social funcione y poder desarrollar la actividad conforme a las expectativas de los usuarios.

Siguiendo en la misma línea, Facebook pasa a tener propiedad en todo aquello que el usuario sube a su perfil como son vídeos, fotos, estados e información de distinta índole,

⁸⁵ <https://www.facebook.com/about/privacy/update>, última consulta 12/03/2019

⁸⁶ <https://www.facebook.com/legal/terms>, última consulta 12/03/2019

y siguiendo con el objeto del trabajo, cabe cuestionarse hasta qué punto dicha propiedad la cual es abusiva entra en colisión con el derecho de propia imagen de la persona el cual como ya se ha mencionado anteriormente es un derecho fundamental recogido en el art.18 de la CE, resultando el tratamiento cuidadoso por parte de las redes sociales es muy importante. Sin embargo, también es necesario una gran atención de los usuarios sobre este derecho como ha indagado la Audiencia Provincial de Madrid en su auto 205/2011 de 21 de junio en cual se procede a analizar.

La cuestión versa sobre un grupo de Facebook denominado “Salvemos al Padre Abel”, la Audiencia entra a valorar si clausurar dicho grupo o no.

El motivo de la demanda, es que en el grupo se había compartido una imagen del demandante en bañador con dos amigos junto con comentarios bromistas referidos al demandante. El mismo alegaba que el grupo contravenía su derecho a la propia imagen, ya que la imagen había sido usada sin que él hubiera otorgado consentimiento, sin embargo, la Audiencia rebate dicho argumento ya que el demandante había compartido anteriormente la imagen en Facebook.

Según la Audiencia, la publicación de la propia imagen da permiso a la Red Social y a terceros a usar la misma en la Red Social, en consonancia a las cláusulas contractuales y a los usos sociales. Por lo que, el demandante mediante sus actos está autorizando a utilizar su imagen a otras personas por lo que no puede exigir responsabilidad a los demandados. Siendo el razonamiento de la Audiencia el siguiente:

No se ha discutido ni desvirtuado por el apelante el hecho fundamental en el que se asienta el Auto citado: su consentimiento para que las fotografías incluidas en la red, puedan ser utilizadas por los integrantes de la misma, como consta expresamente y así se ha señalado en la Declaración de Derechos y Responsabilidades de la red social Facebook, cuyo número 2.1, prevé respecto de los derechos de privacidad y propiedad intelectual, la licencia exclusiva y transferible, con posibilidad, incluso, de transmitirse, de todas aquellas imágenes procedentes de vídeos y fotografías publicadas en la red o en conexión con la misma, exentas de cualquier tipo de remuneración o royalties; asimismo, en caso de eliminación por el interesado, quedan al margen los derechos adquiridos por terceros que las hubiesen incorporado a sus propios grupos, y no las hubieran eliminado [...] los límites del derecho al honor y propia imagen del actor, ni se constituyen en expresiones injuriosas, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia invocada, sin que sean de aplicación la doctrina y jurisprudencia que se invoca por diferir del presente caso enjuiciado.⁸⁷

Este juicio por parte de la Audiencia sigue una línea una tanto agresiva, ya que parece que la Audiencia da por sentado que tanto Facebook como sus usuarios tienen libertad y

⁸⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio 205/2011 FJ segundo.

derecho de usar imágenes de terceras personas, lo cual no dice su clausulado debido a que el mismo establece en el punto 5 bajo el título “Protección de derechos de otras personas” que "si recopilas información de usuarios: deberás obtener su consentimiento previo, dejar claro que eres tú (y no Facebook) quien recopila la información y publicar una política de privacidad que explique qué datos recopilas y cómo los usarás”⁸⁸. Sin embargo, parece que en este caso la Audiencia se ha fijado únicamente en la cláusula relativa a propiedad intelectual pero que como se verá más adelante derechos de personalidad y de propiedad intelectual no pueden entrar en colisión.

En el mismo sentido, parece como si la Audiencia Provincial tuviera dicha conducta por un uso social⁸⁹, ya que admite como lícito la publicación de imágenes de un tercero sin su consentimiento, sin embargo debido a la importancia del derecho a la propia imagen y del momento de la sentencia no podía ser considerado como uso social ya que las redes sociales no eran tan comunes como actualmente. No obstante, la misma sentencia es muy innovadora siendo de las primeras que hacen referencia a los usos sociales en relación con el derecho de propia Imagen de Internet lo cual abre camino a la regulación del presente ámbito.

Además, con dicha sentencia se pone de relieve que, aunque la red social exponga cuestiones relativas a la protección de los datos de terceras personas y el sujeto contratante haya aceptado no difundir imágenes que no sean tuyas, los tribunales fundamentan su decisión por otro lado por lo que resulta complicado determinar quién infringe la ley. Además, es importante determinar cómo es la relación del sujeto afectado con Facebook ya que si en su relación con Facebook su opción marcada en cuanto privacidad es la de que todos los usuarios puedan ver sus imágenes en ese caso es necesario que exista responsabilidad por parte del sujeto; o si el mismo en otros casos hubiera consentido la difusión de sus imágenes, tal y como ha señalado el T.S en relación a la sentencia 476/2018 de 4 de julio en la que se rechaza la intromisión del derecho a la propia imagen porque la imagen difundida se encontraba en otras redes sociales y páginas web y el sujeto afectado siendo conocedor nunca había mostrado oposición.

Por otro lado, cabe hacer referencia al destino de los datos de los usuarios cuando se dan de baja de Facebook:

⁸⁸ <https://www.facebook.com/legal/proposedsrr/es>, última consulta 25/03/2019

⁸⁹ En el apartado 3.2 se expone qué supone un uso social en relación con las redes sociales.

Puedes eliminar el contenido o tu cuenta en cualquier momento para dar por finalizada esta licencia. En cualquier caso, debes saber que, por motivos técnicos, el contenido que elimines puede permanecer en la plataforma en copias de seguridad durante un tiempo limitado, aunque los demás usuarios no podrán verlo. Asimismo, el contenido que elimines puede seguir siendo visible si lo has compartido con otras personas y estas no lo han borrado.⁹⁰

Como se puede comprobar, la baja del servicio no es sencilla y conlleva riesgos, que la información sobre el perfil del usuario sigue disponible para la red social, lo que más preocupación ha suscitado entorno a esta cuestión es la de los perfiles de persona fallecidas como se ha señalado: “La AEPD ha tenido conocimiento del uso de perfiles sobre persona fallecidas cuya información permanece disponible y es utilizada para para otras finalidades para las cuales no fue publicada”.⁹¹

Es por ello que la LOPDGDD ha incluido una novedad en relación a este aspecto ya que aprovechando que el RGPD en su considerando número 27 ha excluido la protección de los datos de las personas fallecidas a favor de los Estados Miembros, la nueva LOPD ha introducido un artículo específico en el que se regula un tratamiento específico a los datos de las personas fallecidas, lo cual resultaba necesario para proteger sus derechos. Por ello en su art. 96 se regula el testamento digital el cual se aplica a los contenidos cuya gestión es realizada por prestadores de servicios de la sociedad de la información.

El mismo contiene quiénes son las personas legítimas para decidir sobre el mantenimiento o supresión de los perfiles en redes sociales de personas fallecidas, siempre y cuando dicha persona no hubiera decidido acerca de esta circunstancia en cuyo caso se estará a lo dispuesto por el fallecido teniendo que realizarse la eliminación por el responsable del servicio⁹². Con este nuevo tratamiento de este aspecto vemos una mayor seguridad sobre los datos de personas fallecidas en redes sociales lo cual merece ser atendido y estipulado por las redes sociales como Facebook en sus plataformas.

8.4 Derechos de propiedad intelectual sobre los derechos de imagen de la persona.

En cuanto a que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, se encuentra altamente relacionado con el régimen de propiedad intelectual ya que pueden verse mezclados con actos de explotación de obra y prestaciones⁹³.

⁹⁰ <https://www.facebook.com/legal/terms>, última consulta 12/03/2019

⁹¹ *Derecho y redes sociales*, cit., p.28

⁹² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre de 2018)

⁹³ Xalabarder Plantada, R., “Redes sociales y propiedad intelectual”, en Rallo Lombarte, A. y Martínez Martíne, R. (coord.), *Derecho y Redes Sociales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra),2010, pp.335-353.

Es decir, el autor de una fotografía puede lícitamente desde el punto de vista de la propiedad intelectual compartirla en su página de Facebook, pero debido a que en muchos casos aparecen terceras personas deberá contar con el consentimiento de la misma ya que la importancia de este derecho personalísimo de la persona necesita de un consentimiento expreso. De esta forma Xalabarder Plantada explica:

Los derechos de propiedad intelectual, propiedad industrial y de la personalidad son independientes y acumulables entre sí, configurando un complejo entramado de diferentes capas de protección-cada una según su propio régimen- que deben ser tenidas debidamente en cuenta⁹⁴.

En este sentido Facebook recurre a la responsabilidad de cada usuario estableciendo en su apartado “Protección a otras personas” que: “Respetamos los derechos de otras personas y esperamos que tú hagas lo mismo. 1. No publicarás contenido ni realizarás ninguna acción en Facebook que infrinja o viole los derechos de otros o que viole la ley de algún modo”⁹⁵. Por lo tanto, se sigue apreciando una adecuada conducta por parte de Facebook a la hora de exponer sus condiciones preocupándose porque los derechos de las personas y los de imagen en particular no se violen por ningún usuario.

9. Conclusiones

PRIMERA: El derecho a la propia imagen en cuanto que es un derecho constitucional recogido en el art. 18.4 de la CE merece una gran protección, siendo hoy en día uno de los más vulnerados por terceros, ya que en las Redes Sociales son incontables las imágenes de terceras personas que se publican sin su consentimiento lo cual supone una intromisión en dicho derecho tal y como enuncia la Ley Orgánica 1982. Sin embargo, es cierto que si dicha norma se interpreta debidamente atendiendo a cada caso concreto puede atenuarse la responsabilidad de aquellos individuos que comparten fotos de terceros sin su consentimiento en redes sociales. Esto es así porque en la actualidad puede considerarse que publicar imágenes sin consentimiento en las redes sociales puede ser un uso social por las conductas de muchos usuarios de redes sociales que parecen aceptar la publicación de su imagen por terceros sin consentimiento, pero no debe eliminarse el criterio del consentimiento ya que el derecho a la propia imagen es indisponible por parte de las personas por lo que siempre se poseerá dicho derecho por muy vacío que quede el mismo.

⁹⁴ “Redes sociales y propiedad intelectual, *Derecho y Redes Sociales*, cit., p.339

⁹⁵ Facebook, Declaración de derechos y responsabilidades, <https://www.facebook.com/legal/proposedsrr/es> última consulta 27/03/2019

SEGUNDA: En cuanto a la normativa aplicable a los SRS y a sus contratos de adhesión existe una gran dispersión normativa en el Derecho Español ya que le son de aplicación tanto la LSSI y la TRLDGDCU, por lo que para el prestador SRS le supone una mayor dificultad a la hora de cumplir todas las leyes aplicables. Sin embargo, cabe resaltar que ambas tienen el mismo objetivo que es facilitar el acceso y la comprensibilidad al usuario que quiere disfrutar de los SRS. Además, las mismas se complementan la una a la otra ya que por ejemplo la LSSI tiene remisiones expresas a la TRLDGDCU sobre la cual prevalece menos en materia precontractual. No debería existir problemas a la hora de aplicarlas ya que no son contradictorias entre sí y sus requisitos son similares.

TERCERA: En lo que se refiere a las obligaciones precontractuales destaca la preocupación del legislador por las cualidades de la información en aras a que la misma sea comprendida por los usuarios que disfrutan de los SRS, lo cual es importante en las redes sociales para que el usuario comprenda adecuadamente la información que le impone a causa del contrato de adhesión característico de las redes sociales. En el art. 27 de la LSSI establece que la obligación de información es complementaria al resto de obligaciones, por su lado la TRLDGDCU en su art. 60 exige que la información sea “relevante, veraz y suficiente” de igual modo que lo hace el art.97 en la forma de facilitar la información. Además, otra de las obligaciones precontractuales más importantes que requieren los textos legales es la de comprensibilidad ya que los textos legales buscan proteger al consumidor y no producirle ningún perjuicio, lo cual es necesario en el ámbito de las redes sociales donde se ponen en juego muchos derechos como es el de propia imagen por lo que es necesario que comprendan fácilmente la información sobre la que están contratando y que la misma sea accesible en su idioma para una mayor seguridad algo que debe ser tenido en cuenta por los prestadores de SRS facilitando toda la información en los idiomas que conocen sus usuarios.

CUARTA: En relación a los deberes de los titulares de las redes sociales son muy necesarios el de información de identidad y procedimientos de contratación en cuanto a que el usuario si tiene problemas de algún tipo sepa cómo y a quién acudir, para así poder exigir responsabilidades y se sientan seguros ante cualquier intromisión o extorsión.

QUINTA: Como ya se ha tratado a lo largo del trabajo y teniendo en cuenta el objeto del mismo uno de los mayores problemas que entrañan las redes sociales son en relación a aspectos de la privacidad de los usuarios como resulta ser el derecho de propia imagen. Por ello, es necesario un nuevo concepto de consentimiento para que el mismo esté

adaptado a la tecnología y a los servicios como es el prestado en redes sociales, debido a que es complicado hablar de consentimiento inequívoco cuando no se conoce al destinatario final. Para ello es necesario que los prestadores de redes sociales garanticen los derechos de usuarios informando sobre los fines para los que se tratan sus datos personales, lo cual no queda muy claro en casos como se ha comprobado con el estudio de Facebook. Por lo tanto, deben informar y advertir sobre el hecho de colgar imágenes de terceros sin su consentimiento explicando que no es lo mismo el consentimiento para posar que el consentimiento para difundir una imagen tal y como explican la Sentencia de la AP de Santander de 29 de enero de 2018 y la Sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 2003. Para solucionar este problema, resulta necesario concienciar sobre el uso responsable de las redes sociales, para que los usuarios de las redes sociales sean conscientes de lo que supone consentir en estos servicios y así velen por sus propios derechos de imagen y por los de terceros.

SEXTA: La responsabilidad de las redes sociales en cuanto a la publicación de imágenes sin consentimiento queda restringida según el art. 60 de la LSSI al “conocimiento efectivo”. En este sentido, es recomendable que se aumenten las responsabilidades como ya se ha mencionado por parte de los SRS en el momento de redactar sus políticas de privacidad.

SÉPTIMA: Como se ha comprobado existe en algunos casos diferencia de decisiones en el T.S por lo que actualmente es necesario incluir una normativa específica sobre la materia de redes sociales como se estipulaba en el Anteproyecto de LOPD. Además, resulta necesario para que se recojan algunas de las últimas decisiones del T.S en las que establece que ciertas conductas se declaran usos sociales en el ámbito de las redes sociales. Sin embargo, en este sentido destaca la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales ya que en ella destaca una mayor preocupación por el tratamiento de datos y derechos de los usuarios en redes sociales como son el caso del art. 94 que regula el derecho al olvido en las redes sociales, el art. 95 “Derecho de portabilidad en las redes sociales” y el art.96 “Eliminación de datos de fallecidos” entre otros. Por lo que, se está materializando la preocupación del legislador entorno a las redes sociales.

OCTAVA: Resulta necesario como se ha comprobado una regulación específica y hacer consciente tanto a la sociedad y a los proveedores de redes sociales del tratamiento de datos. Es una tarea doble, por un lado, concienciando a la sociedad de la importancia de

su derecho a la propia imagen y por otro exigiendo a los SRS que sean meticulosos a la hora de redactar sus condiciones de uso debiendo las mismas conducir a una protección de los derechos de las personas en la medida de lo posible a pesar de la gran cantidad de datos que son compartidos, debiendo hacer especial mención al de propia imagen que es el que más se vulnera. Con el caso Facebook se comprueba que, aunque parece que algunos de los requisitos se cumplen como por ejemplo el de comprensibilidad ya que la información es clara, debería aumentar sus esfuerzos en hacer consciente al usuario de la importancia de la información que comparte.

NOVENA: En relación a los derechos de propia imagen resulta necesario que se desarrollen acciones para disminuir el incumplimiento que impera en redes sociales pudiendo sustituir consentimiento expreso por uno que sea tácito en determinados casos, como son los de personas conectadas en la misma Red Social. Sin embargo, es muy importante que dicho derecho no quede sin contenido siendo muy importante continuar diferenciando los tipos de consentimiento y respetando siempre el derecho de las personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislación

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 3 de junio de 1982).
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre de 2018).
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 4 de mayo de 1998).
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12 de julio de 2002).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007).

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional
Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril 117/1994.
Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo 81/2001.
Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre 292/2000.
- Tribunal Supremo
Sentencia del Tribunal Supremo 13 de noviembre 6721/1998
Sentencia del Tribunal Supremo 10 de febrero 72/2011
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero 91/2017
- Audiencia Provincial
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 688/2003.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 29 de enero de 51/2018.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio 205/2011.

Obras Doctrinales

- Agustino y Guylain, A. y Monclús Ruiz, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, Bosch, Barcelona, 2016.
- Álvarez Moreno, M.T., *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*, Reus, Madrid, 2015. Arranz Alonso, L. "Los contratos del comercio electrónico", en Mateu de Ros y López Monís (coords.), *La ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 204 -205.
- Atienza Navarro, M.L., "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen", en De Verdad y Beamonte J.R (coord.), *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- Boyd, D. y Ellison, N., "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer Mediated Communication*, Vol. 13, nº 1, , octubre 2007, pp. 210-230.
- Carreras Serra, LL., *Régimen jurídico de la información*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Castellanos Ruíz, E., "El concepto de actividad profesional 'dirigida' al estado miembro del consumidor: stream-of-commerce", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol.4,n.2, 2012, pp. 70-92(disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1612-1047-1-PB.pdf> ; última consulta 25/03/2019).
- Catalá i Bas, A.H, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, *Revista General de Derecho*, Ediciones Revista general de Derecho, Valencia, 2001.
- Díez Ballesteros, J.A" Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.4, 2008, pp.6-23.
- Díez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Escribano Tortojada, P., "Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales", en Fayos Gardó A. y Conde Colmenero P. (coords.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dyckinson, 2015, pp.81-84

- Gitrama,M., Voz Imagen (derecho a la propia), *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*,, Seix, Barcelona, 1962
- López Richart, J., “Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento”, *Derecho privado y constitución*, n.26, 2012, pp. 143-201.
- Martínez Martínez,R.,”El derecho fundamental a la protección de datos: Perspectivas”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, n. 5, 2007.pp. 45-61 (disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/440-13383-1-PB.pdf>; última consulta 16/02/2019)
- Martínez Otero, J.M,” Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.106,2016, pp.127.(Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.03> ;última consulta 17/02/2019).
- Megías Terol, J.,” Capítulo III. Privacy by design, contrucción de redes sociales garantes de la privacidad” ,Rallo Lomabarte, A.y Martínez Martínez, R (coords.), *Derecho y redes sociales*,Aranzadi , Cizur Menor (Navarra), 2013.pp 319-333.
- Messía de la Cerda Ballesteros, J. A, “El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?”, *Actualidad Civil*, n. 12, 2018, pp. 1-11
- Monsalve Caballero, V., “La buena fe como fundamento de los deberes contractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción”, *Revista de derecho*, n. 30, 2008, pp. 31-73.
- Navarro Mendizábal, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) ,2013
- Pérez Velasco, M.M y Conde Castejón, J., “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación”, en Fernández Ordóñez, M., Cremades García. e Illescas Ortiz,R. (coords.), *Régimen jurídico en Internet*, Wolters Kluger, Madrid, 2001,pp. 119-128.
- Picatoste Bobillo, J.,” El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Actualidad Civil*, nº4, 2011, pp.1-43.
- Plaza Penadés, J., “Los contratos informáticos y electrónicos”, en De Verda y Beamonte J.R (coord.), *Derecho Civil II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 1984.

- Rebollo Delgado, L., *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Rojas, S. y Blanco, F.J,” Obligaciones de información previas y posteriores a la contratación en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.8, 2004, pp. 65-78 .(disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1236/documento/trib05.pdf?id=2030> 5/02/2019)
- Tojo Méndez, R., “La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en internet y redes sociales”, *Actualidad Civil*, n. 10, 2017.
- Vilasau Solana, M.,”Privacidad, redes sociales y el factor humano”, en Rallo Lombarte,A. y Martínez Martínez, R. (coords.),*Derecho y redes sociales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp.55-79.
- Del Valle Aznar Esquivel,P., “El contrato electrónico”, *Actualidad Civil*, n.2, 2018.pp 1-17.
- Xalabarder Plantada, R., “Redes sociales y propiedad intelectual”, en Rallo Lombarte, A. y Martínez Martíne, R. (coord.), *Derecho y Redes Sociales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra),2010, pp.335-353.

Otros

- Agencia Española de Protección de Datos, “Formas de obtener el consentimiento mediante web: Consentimientos tácitos”, 2008 (disponible en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2008-0093.pdf>, última consulta; 24/02/2019)
- Agencia Española de Protección de Datos, Informe 0241/2011 (disponible en <https://www.aepd.es/informes/index.html>, última consulta 6/4/2019)
- Declaración de Derechos y Responsabilidades de Facebook (disponible en <https://www.facebook.com/legal/proposedsrr/es> ; última consulta 4/04/2019)
- INTECO Y AEPD, “*Estudio sobre la privacidad de los datos y sobre la seguridad de la información en las redes sociales online*” (disponible en <https://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> , última consulta 15/02/2018).