

REGULACIÓN LEGAL DEL WEB 2.0.

ACCIONES DE MARKETING Y REDES SOCIALES

Marzo 2009

Riestra Abogados

Calle Génova, nº 7 – 3º izq.

28004 Madrid

www.riestra-abogados.com

ÍNDICE

1. Web 2.0	5
2. Las aplicaciones que ofrece la red social a los usuarios.....	6
3. A Aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) a los proveedores.	8
3. B Aplicación de la legislación comunitaria y nacional a proveedores que se encuentren fuera del entorno europeo.....	8
3.1 Las Obligaciones de un PSI.....	9
4. Las condiciones de uso del servicio.....	10
5. La edad mínima para participar en una red social, o capacidad para actuar en la red	12
6. El registro de usuarios	12
7. Código de conducta de los usuarios.....	14
8. Propiedad intelectual de los contenidos que aportan los usuarios en los entornos web 2.0	16
8.1 Los derechos patrimoniales de explotación	17
8.2 Derechos morales	18
8.3 Otros aspectos importantes	18
8.4 Contenidos aportados por los usuarios y contenido propio del proveedor	19
8.4.1 Contenidos aportado por los usuarios	19
8.4.1.1 Cesión de derechos sobre los contenidos de los usuarios a los entornos web 2.0	22
8.4.2 Los contenidos que aporta el entorno web 2.0	25
9. Propiedad Industrial	26
10. Protección de datos personales o política de privacidad.....	27
10.1 Aspectos formales.....	28
10.2. El consentimiento en la recabación de los datos.	28
10.3. La información y la finalidad en la recabación de los datos personales.	29
10.4. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición	29
10.5. El tratamiento de los datos en el caso de los menores de edad.....	30
10.6 La cesión de datos a un tercero	33
10.7 Conservación de los datos y caducidad de la cuenta.....	34
10.8 Indexación de perfiles	34
10.9 La portabilidad entre redes sociales	34
10.10 El usuario como obligado al tratamiento de datos personales	35
11. Los derechos de imagen.....	40
11.1 Derechos de imagen, protección de datos y propiedad intelectual.....	41

12. Enlaces.....	48
13. Publicidad en entornos web 2.0.....	49
13.1 <i>Sistemas de publicidad</i>	51
13.2 <i>Presentación de la publicidad</i>	53
13.3 <i>Formatos publicitarios</i>	53
13.4 <i>Consideraciones legales</i>	57
14. Las comunicaciones comerciales por medios electrónicos.....	61
14.1 <i>El envío de invitaciones a participar en la red a través de usuarios registrados y la Resolución 00139/2008, de la Agencia Española de Protección de Datos</i>	63
14.2 <i>La importación de correos electrónicos</i>	63
15. Limitación de responsabilidades y reserva de derechos.....	66
16. Conclusiones.....	68

Riestra Abogados es un despacho especializado en marketing legal.

Actualmente regula campañas de marketing y publicidad de multinacionales de diversos sectores, así como de agencias de publicidad e interactivas.

El despacho participa en seminarios, colabora con las Cámaras de Comercio, publica en revistas especializadas del sector, participa en el Máster de Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III, y en el Máster de publicidad interactiva de la Universidad Complutense.

El despacho es asesor legal del Interactive Advertising Bureau (IAB).

Publicaciones:

- “Marketing Legal en el sector de Automoción”. 2007 / 08

Libro de referencia para todos aquellos que desarrollan acciones de marketing y publicidad en el sector de automoción.

- “Introducción al marketing legal”. 2006

Publicado en La Gaceta de los Negocios.

Exposición de motivos y cuestiones prácticas legales de esta nueva especialización.

- “Internet en las empresas. Obligaciones legales 2005”.

Una guía práctica para los departamentos de marketing y legal de las empresas.

Se tratan todos los temas fundamentales, en sentido práctico, del día a día de una empresa con presencia en Internet..

1. Web 2.0

Cuando se habla de “Web 2.0”, no se hace alusión a “versiones” de internet, ya que la red, en cuanto a su estructura fundamental sigue comportándose de la misma forma. En realidad el término “Web 2.0” se ha establecido para mostrar la nueva forma de entender Internet y cómo se comunican los usuarios entre sí.

El Internet que conocíamos debido a la lentitud de las conexiones, comprendía contenidos estáticos. Los textos y fotografías que se aportaban a la red, eran generalmente pequeños y de baja resolución; era común encontrarse con páginas que se mantenían sin actualizar duramente meses, y en las que por falta de *interactividad* con el usuario no alojaban comentarios o publicaciones de ningún tipo.

Por el incremento de la inversión y el imparable desarrollo tecnológico, la capacidad y rapidez de la red, permitió que vinieran a convivir nuevos elementos que, a su vez, permitieron darle forma al espíritu de la red: la publicación de contenidos por parte del usuario.

El usuario es hoy en día un actor fundamental. Su nivel de participación ha experimentado un auge inimaginable, teniendo un grado de control sobre lo que publica y sobre lo que recibe a través de la red, acrecentándose su poder respecto a épocas anteriores. Un ejemplo: frente a la prestigiosa enciclopedia “Britannica Online” se ha impuesto un proyecto de participación y construcción comunitaria, “wikipedia”.¹

Las redes sociales están enfocadas a crear comunidades on line de personas que comparten intereses y actividades, o que están interesadas en explorar los intereses y actividades de otros.

El web 2.0 es más que una etiqueta; y así lo demuestra el hecho de que el MIT (Instituto Tecnológico de Massachussets) esté preparando una nueva disciplina académica basada en el “*web science*”. Los departamentos de marketing saben que tienen que conocer y

¹ Por problemas financieros Wikipedia clamó a sus usuarios para que donaran 6 millones € y poder garantizar la viabilidad del proyecto. Polémicas aparte acerca de la gestión, lo que es cierto es que obtuvo en menos de una semana tal donación, garantizando que el web que visitan 250 millones de internautas al mes pudiera seguir sin publicidad. Un ejemplo de los valores que transmite una marca.

adaptarse a las nuevas tendencias en la red, de lo contrario perderán la capacidad de seducir.

El documento que se presenta tratará sobre las redes sociales, ya que en ellas confluyen la mayor parte de las acciones de marketing del web 2.0, por lo que es también de interés para todos aquellos que esté diseñando estrategias basadas en este nuevo concepto. Se tratarán los aspectos legales, de acuerdo a la normativa nacional y comunitaria, poniendo énfasis en las obligaciones legales de las partes.

Se puede decir que actualmente el panorama de las redes sociales es bastante amplio. Éstas ofrecen una serie de temáticas para diferentes públicos, de manera que, progresivamente han logrado que los usuarios se sientan identificados y construyan lazos sociales.

Las redes sociales se pueden clasificar desde una triple perspectiva:

1. Aquéllas en que los contenidos y ciertos datos de identificación del usuario están abiertos incluso a usuarios no registrados; y aquéllas en que es necesario registrarse para poder acceder a contenidos fundamentales.
2. Las redes que obedecen a una temática central, construyéndose la comunidad alrededor de ese eje, y aquéllas que son libres, y que se gestionan de acuerdo a los perfiles e intereses de los usuarios.
3. Redes sociales que funcionan en paralelo a la prestación de servicios o a la compraventa de productos on line; y redes sociales que tienen singularidad y entidad propia.

2. Las aplicaciones que ofrece la red social a los usuarios

Entre las aplicaciones que se ofrecen a los usuarios de las redes sociales, encontramos de forma especial, las siguientes:

- **“Wall”** (Muro): Un espacio en cada perfil para que los contactos del usuario dejen mensajes.
- **“Pokes”** (Toque): Permite que un usuario “Toque” a otro, recibiendo éste una notificación.
- **“Photos”** (Fotos): popular aplicación que permite subir una cantidad ilimitada de fotografías, pudiendo agregar “tags” y crear álbumes con distintos niveles de privacidad.
- **“Status”** (Estado): Permite informar a los contactos las actividades que un usuario está realizando.
- **“Gifts”** (Regalos): Permite enviar un regalo virtual a un contacto. Pueden ser cobradas, o gratuitas si las han creado los propios usuarios, dependiendo de la red social.
- **Chat** en el mismo sitio web.
- **Creación de un blog site.**
- **Capacidad de importar un blog de Blogger y otros.**
- **Marketplace:** Permite publicar avisos clasificados relevantes a la “red” a la que esta unido el usuario.
- **Función compartir:** posibilita el envío de links a los contactos de un usuario, insertando una opción debajo del contenido que permita compartirlo con los contactos que se establezcan en la red social.

Además de lo descrito, existe un sin fin de aplicaciones creadas por usuarios, de acuerdo a la capacidad y objetivo de la red, que permiten desde jugar en línea, a mejorar aplicaciones oficiales de la red.

En Facebook, por ejemplo, existe también el denominado “News Feed”, una componente que mantiene actualizado al usuario respecto de casi todas las actividades y cambios que realizan sus contactos en su propio perfil. Actualmente, y debido a las reclamaciones de los usuarios, es una aplicación opcional.

También existe la posibilidad de que el usuario que tenga intereses en programación, cree una aplicación para la red de manera rápida, siempre que no se salga de su estándar técnico. (“Plataforma de desarrolladores”, por ejemplo, en Facebook).

3. A Aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) a los proveedores.

La ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI) se aplicará siempre que nos encontremos ante un prestador de servicios que se encuentre en España, entendiéndose que un *“prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios”*.

Lo anterior implica:

1. La necesidad de identificación por parte del responsable de la red, de acuerdo con lo señalado en el artículo 10 de la LSSI, por vía de su nombre comercial, CIF, y datos del Registro Mercantil, entre otros.
2. El consentimiento del usuario para la recepción de la comunicación comercial. (ver apartado 15).
3. La necesidad de establecer unas condiciones generales del servicio y unos términos de uso del Web Site.

3. B Aplicación de la legislación comunitaria y nacional a proveedores que se encuentren fuera del entorno europeo.

El artículo 4º la LSSI, establece:

“Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables”

A los efectos de determinar si los prestadores de servicios dirigen sus servicios específicamente al territorio español, ha de atenderse a varios elementos indiciarios²:

- Si disponen de la extensión de nombre de dominio .es registrada ante Nic.es u operan a través de nombres de dominio “es.redsocial.com” o “redsocial.com/es”.
- Si el sitio web se encuentra en español.
- Si tiene política de privacidad específica.
- Si el sitio web, por su apariencia y contenido, pudiera llegar a dar a entender que se dirige al territorio de España.
- Si la publicidad realizada es de productos y servicios distribuidos desde España.
- Si el número de usuarios españoles es elevado respecto a la muestra estadística.
- Si disponen de oficinas o agentes comerciales que traten datos personales en territorio nacional.
- Si para la prestación del servicio emplean servidores alojados en España.

3.1 Las Obligaciones de un PSI

Aquéllos responsables de redes sociales que sean prestadores de servicio de intermediación (PSI)³, debe cumplir además con las siguientes obligaciones:

- Deber de colaboración con los "órganos competentes" (art. 11 LSSI).
- Deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas ("logs" de navegación) durante 1 año (art. 12 LSSI).
- Responsabilidad por contenidos (arts. 14 al 17 LSSI).

² “Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales on line”, AEPD-INTECO; www.agepd.es, www.inteco.es

³ **Son PSI:** operadores de red, proveedores de acceso, proveedores de copia temporal ("caching"), proveedores de alojamiento o almacenamiento de datos ("hosting", "housing"), motores de búsqueda (buscadores) y colocación de links.

Resumen:

- *Los proveedores de servicios de redes sociales deben someterse a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios.*
- *Si son proveedores extranjeros, la aplicación de la ley depende de una serie de criterios, entre los que se encuentra el idioma en que se encuentre el sitio web (español), o de si la publicidad realizada es de productos y servicios distribuidos en España.*
- *La ley de Servicios de la Sociedad de la Información exige que en la página conste la identificación completa del responsable del web site, además de una condiciones que regulen el servicio.*

4. Las condiciones de uso del servicio

Las condiciones de uso o condiciones generales del servicio deben estar expresamente establecidas debido a que este documento se convierte en la norma que regula la relación de los usuarios y los responsables de la red social. Son de utilidad no sólo para que el usuario se atenga a determinadas normas de comportamiento, sino también para limitar la responsabilidad de los encargados de la red social. Este punto es de suma importancia, por cuanto, a pesar de las medidas tecnológicas que se establezcan, es imposible tener un control exhaustivo de los usuarios en sus distintas facetas. En todo caso, se ha de tener presente que si bien la responsabilidad no se presume en contra del responsable de la red, una vez que éstos tengan conocimiento y control respecto a una determinada situación que pueda causar un perjuicio, deberían ejercer las acciones que permitan evitar o disminuir el daño.

Las condiciones de alta en una red social deben redactarse de forma que el usuario medio comprenda todos sus términos con facilidad.

El enlace que lleve a las condiciones de uso del servicio o condiciones generales debe ubicarse:

- De forma imprescindible, en el formulario de registro. El documento que las contenga debe ser expresamente aceptado por el usuario antes de formalizarse su registro en la red. La casilla correspondiente no puede estar marcada por defecto.
- Si se quiere, en un lugar visible a todos los que naveguen por la página.

Resumen:

- *Las condiciones de uso del servicio son necesarias para dejar constancia de la mecánica de su funcionamiento, además de regular los derechos y las obligaciones de los usuarios.*
- *Las condiciones deben redactarse de forma clara y sencilla. Además el usuario debe poder acceder fácilmente al texto legal.*
- *Deben ser aceptadas expresamente por el usuario antes de poder acceder al servicio.*

En adelante, se expondrán los aspectos más relevantes de las condiciones generales (en adelante, CGC), en relación con una red social. En virtud de ello, se mostrarán los principales puntos que deben considerarse a la hora de establecer una red social, y que tienen vinculación directa con la legislación nacional y comunitaria.

5. La edad mínima para participar en una red social, o capacidad para actuar en la red

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal expresa en su artículo 13 que **los menores de 14 años de edad** no pueden prestar su consentimiento para efectos de que sus datos sean recabados y tratados, siendo sus representantes legales los únicos que pueden autorizar dicha recabación. El registro en la red implica que el usuario aporte datos de carácter personal, y es por ello imprescindible que el consentimiento provenga de una persona que tenga capacidad de obrar suficiente. Lógicamente, será imposible determinar a ciencia cierta la edad de quien se registra en la red. Indirectamente, el código de conducta que se imponga a los usuarios, salvaguardará algunos principios básicos en la convivencia virtual, y vendrá en cierto sentido a suplir la imposibilidad de control a que se enfrentan los responsables de la red en esta cuestión.

Resumen:

- ***La edad mínima que debe exigirse en los formularios de registro es de 14 años, ya que la recabación de datos personales a menores de esa edad debe ser autorizada por su representante legal.***
- ***Es necesaria la introducción de medidas tecnológicas o de protocolos que impidan la interacción con usuarios menores de 14 años.***

6. El registro de usuarios

El registro de usuarios debe contener determinados campos obligatorios que determinará el encargado de la red, de acuerdo a la temática en que ésta se basará:

- Será, en todo caso, imprescindible, que los datos solicitados se conformen con la finalidad que la red social tiene.
- Es importante exigir al usuario que aporte datos veraces –hay que recordar que la usurpación de identidad es un delito- y que los mantenga actualizados. La

responsabilidad en el cuidado de su *password* y nombre de usuario le corresponden sólo a él.

- Por otra parte, la formalización del registro **sólo puede proceder si antes se han leído y aceptado las condiciones del servicio y la política de privacidad, en virtud de la cual el usuario consiente la recabación y tratamiento de sus datos**. Como ya se ha advertido anteriormente, las casillas que se correspondan con lo anterior, no pueden estar marcadas por defecto, ya que debe ser el usuario quien expresamente las acepte.
- Se recomienda que las CGC (Condiciones Generales de Contratación) sean protocolizadas ante notario con el objeto de tener una prueba documental.

Respecto a los puntos relativos a menores de edad y al registro de usuarios, la 30 Conferencia Internacional de Privacidad celebrada en Estrasburgo entre el 15 y el 17 de Octubre de 2008, hace las siguientes recomendaciones:

- Informar de forma fácil e inteligible sobre las posibles consecuencias de publicar datos de carácter personal en el perfil de usuario, así como de los riesgos de seguridad y el posible acceso legal de terceros;
- Restringir la visibilidad completa de los perfiles, así como de los datos contenidos en los mismos;
- Proteger a los usuarios de acciones fraudulentas a sus perfiles, utilizando para ello las mejores prácticas reconocidas en la planificación, desarrollo y ejecución de sus aplicaciones, incluidas auditorías y certificaciones independientes;
- Fomentar la utilización de seudónimos.

Resumen:

- *El registro de usuarios debe exigir sólo aquellos datos que se conformen con la finalidad de la red, evitando solicitar datos que no sean necesarios.*
- *El registro sólo puede surtir efectos en la medida de que el usuario haya aceptado las condiciones legales y la política de privacidad.*
- *La 30 Conferencia de Estrasburgo recomienda una serie de medidas aplicables al registro de usuarios, por ejemplo informar de forma fácil e inteligible sobre las posibles consecuencias de publicar datos de carácter personal en el perfil de usuario; o fomentar la utilización de seudónimos.*

7. Código de conducta de los usuarios

Establecer un código de conducta es fundamental en una red social. A través de él se regula el comportamiento del usuario, y de paso, descarga de cierto grado de responsabilidad a los encargados de la red.

El código de conducta puede enfocarse desde dos puntos de vista:

1. Por una parte, las normas que se exigen para efectos de no utilizar la red con fines distintos a los establecidos, como por ejemplo:
 - Envío de publicidad, alteración de imágenes y textos propios de la red;
 - Recopilar direcciones de correo electrónico u otra información de contacto de otros usuarios a través del Servicio o del Sitio por medios electrónicos u otros medios con la finalidad de enviar correos electrónicos no solicitados u otras comunicaciones no solicitadas;
 - Usar el Servicio o el Web Site de forma ilegal o de forma que pueda dañarlo, o deshabilitarlo, sobrecargarlo o perjudicarlo;

- Usar secuencias de comandos automatizadas para recopilar información a través del Servicio o Web Site o para interactuar de cualquier otro modo con los mismos.
2. Aquéllas normas que tienen relación estrictamente con el comportamiento de los demás usuarios, como por ejemplo:
- No utilizar lenguaje agresivo o soez;
 - No realizar sugerencias de tipo sexual si es que esa no es la temática de la red, subir contenidos que sean evidentemente ofensivos o que promuevan el racismo, la intolerancia o el odio contra un grupo o persona, o daños físicos de cualquier tipo; que acose o promueva el acoso de otra persona; que explote a las personas en una manera sexual o violenta; que contenga desnudos, violencia excesiva o un tema ofensivo, o un vínculo a un web site para adultos.

Siguiendo con lo anterior es importante destacar algunos puntos:

1. **Es necesario establecer la obligación de no injuriar o denostar a otras personas, incluyendo a personas jurídicas, ya que esto podría derivar en consecuencias para los responsables de la red.**

Veamos el caso SGAE contra la Asociación de Internautas: La Asociación de Internautas aloja un web site bajo el título "Putas SGAE".

La Audiencia Provincial de Madrid ha confirmado la condena impuesta a la Asociación de Internautas (AI) por "intromisión ilegítima en el honor".

La sentencia de la Sección XIX de la Audiencia Provincial confirma la dictada el mes de junio de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid y obliga a la Asociación de Internautas al pago de una indemnización de 36.000 euros "por daños y perjuicios" al demandante, así como a publicar la sentencia en su web y al pago de las costas del proceso judicial. La Audiencia Provincial señala en su

resolución que "no nos ofrece duda que los contenidos a que la demanda se refiere integran un ataque al honor de los demandantes" que sobrepasa el derecho de información y la libertad de expresión, ya que éstos no tienen ningún sentido "explicativo, sino injurioso o vejatorio".

El proveedor de servicios de la sociedad de la información, la Asociación, al prestar servicio de alojamiento de dichos contenidos y de dicho dominio – es responsable por los contenidos alojados en su servidor, siendo responsable solidario con el autor de los mismos de las eventuales responsabilidades en que a consecuencia de los mismos se pueda incurrir.

2. **Los conflictos entre usuarios deben quedar al margen de toda responsabilidad por parte de la red**, si bien existen determinadas redes sociales que cuentan con un servicio de mediación.
3. **Es importante establecer la autoregulación de la red**, a través de un canal especialmente habilitado a efectos de que sean los mismos usuarios quienes denuncien las conductas que no se conformen con las exigidas por los responsables de la red social.

8. Propiedad intelectual de los contenidos que aportan los usuarios en los entornos web 2.0

Cuando se habla de propiedad intelectual de contenidos, nos estamos refiriendo específicamente a la legislación relativa a *derechos de autor*, y que en España se encuentra regulada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 11 Noviembre (en adelante LPI). Conviene hacer esta precisión por cuanto la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), al igual que la mayoría de las legislaciones anglosajonas tratan bajo ese concepto tanto a los derechos de autor como a los derechos que derivan de la regulación de marcas y patentes, conocida comúnmente como "propiedad industrial".

Los derechos de autor son, desde hace un tiempo, un tema que preocupa a grandes compañías, y por ende al legislador, quien a nivel europeo y norteamericano ha intentado

poner múltiples barreras al avance tecnológico que ha traído consigo la disseminación cada vez más rápida y efectiva, especialmente a través de las denominadas redes *peer to peer*, de todo tipo de información.

Para comprender el papel fundamental que juegan las normas relativas a propiedad intelectual en el ámbito de las redes sociales, se hace necesario dar un breve repaso de lo que son los criterios fundamentales que regulan la materia.

En los derechos de propiedad intelectual se distinguen dos vertientes:

1. El contenido patrimonial.
2. El contenido moral.

El derecho de autor así concebido pertenece en su génesis al autor, que será la persona física que haya procedido a la creación de una obra; y desde el momento mismo de la creación, con independencia de cualquier tipo de registro y acto de divulgación.

8.1 Los derechos patrimoniales de explotación

Los principales derechos de explotación que recoge expresamente la ley son: la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación.

Como ya se ha explicado, los derechos de explotación pertenecen en origen al autor de la obra. Sin embargo, generalmente lo que hará el autor para poder proyectar la explotación será cederlos a terceros. Esta cesión puede ser de dos tipos:

- Cesión en exclusiva: la cesión en exclusiva implica que la cesión del derecho se realice únicamente a un solo titular, el que tendrá el monopolio de la explotación, incluso excluyendo al propio autor de la obra. La cesión en exclusiva permite al cesionario hacer a su vez cesión exclusiva o no exclusiva del derecho de explotación a terceros, cuando está permitido por el cedente (autor).

- Cesión no exclusiva: la cesión del derecho de explotación se puede realizar indistintamente a diferentes titulares, pudiendo todos explotar la obra en forma simultánea, incluyendo al propio autor de la obra, el que podrá seguir cediendo los derechos o explotando por su propia cuenta. Este tipo de cesión, no permite que el cesionario realice cesión del derecho a un tercero.

8.2 Derechos morales

Los derechos morales son todos aquéllos que pertenecen al autor por el hecho de la creación, y que corresponden a una esfera espiritual y moral de su creación. Están enumerados taxativamente por la Ley de Propiedad Intelectual. Los más importantes en relación con las redes sociales son la **Paternidad** y la **Integridad de la obra**.

Sus características principales radican en que, a diferencia de los derechos de explotación, estos no pueden ser cedidos, ni aún existiendo una declaración expresa del autor, por cuanto son de carácter personalísimo e inalienable, no pudiendo ni siquiera ser objeto de herencia.

8.3 Otros aspectos importantes

-Dominio Público:

Los contenidos protegibles por propiedad intelectual aunque son objeto de propiedad para su autor, en un momento determinado pasan a “dominio público”. Los contenidos en dominio público son todos aquellos contenidos que por sus características fueron objeto de protección, pero que por el transcurso del tiempo, su utilización se torna completamente libre, debiendo respetarse en todo caso la paternidad y la integridad de la obra.

-Soportes futuros:

Este punto se refiere a los soportes que alojen la obra (por ejemplo un CD). Para que las cesiones tengan plena validez, no pueden incluirse en ellas a aquéllos soportes que todavía

no se hayan inventado. Esto no está permitido, y eventualmente pueden llevar a la nulidad de la cesión.

8.4 Contenidos aportados por los usuarios y contenido propio del proveedor

Habiendo realizado este breve repaso por las normas fundamentales de Propiedad Intelectual, veamos cómo afectan éstas a las redes sociales, en relación con los derechos de explotación

En una red social, es necesario distinguir, en primer lugar, dos tipos de contenidos susceptibles de protección, de acuerdo a quién los aporte:

1. *El contenido que aportan los usuarios.*
2. *El contenido propio que aporta quien administra y es responsable de la red.*

8.4.1 Contenidos aportado por los usuarios

El Web 2.0 ofrece una gran cantidad de aplicaciones a los usuarios que les permiten subir contenidos. Muchos de esos contenidos serán susceptibles de protección de acuerdo a las normas de propiedad intelectual.

En primer lugar cabe señalar que la doctrina que regula la materia exige, para que una creación sea protegible, **las características fundamentales de originalidad y complejidad mínimas que permitan calificar a la creación como una obra**. De acuerdo a este criterio, no todas las aportaciones literarias y trabajos plásticos, por ejemplo, serían obra, sino sólo en la medida en que guarden la característica de originalidad. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales no se muestra constante en este sentido, llegando a calificar de obra, por ejemplo, al manual de instrucciones de instalación de una mampara de baño. Es por esto que en la práctica lo mejor es que la generalidad de los contenidos que sean subidos por los usuarios sean tratados como obras; de esta forma se uniformará el tratamiento y se

evitarán, en principio, problemas que puedan surgir en este contexto con los usuarios que reclamen la titularidad de determinados contenidos.

Los contenidos aportados por los usuarios pueden ser de lo más variados y dependerá principalmente de las posibilidades que ofrezca la red. Lo más comunes son los comentarios que se realizan a vídeos; textos literarios, fotografías, entre otros.

El primer problema que se presenta es saber si los contenidos que se suben a la red son propios de los usuarios, vale decir, si son de su “autoría”, o si en cambio el material pertenece a la autoría de otros. Esta cuestión es fundamental por cuanto exponer contenido ajeno sin las autorizaciones pertinentes puede devenir en demandas de alta cuantía, principalmente por realizar una reproducción y una comunicación pública in consentida. A esto agregamos el doble problema que se produce a nivel de fotografías, en donde no sólo se comprometen derechos de autores y realizadores sino que además el derecho de imagen que corresponde reivindicar a quienes hayan sido retratados.

Consecuencia de lo anterior es que el responsable de la red social debe protegerse ante posibles reclamaciones de esta índole. Es difícil, si no imposible saber a ciencia cierta cuál es el origen real de los contenidos, por lo que se han ideado diferentes mecanismos que permitan eximir finalmente de responsabilidad a la red social:

1. **Cláusula de garantía y originalidad.** Las condiciones generales de contratación deben exigir a los usuarios que sus contenidos sean propios y originales (originales en el sentido de no ser copias), estableciendo expresamente que se exime de toda responsabilidades por eventuales reclamaciones de esta índole;
2. **Contar con las autorizaciones respectivas,** en caso de que siendo el usuario autor del contenido, éste involucre derechos de terceros. Por ejemplo, en el caso de fotografías, exigir que el usuario autor/realizador tenga a su favor una cesión de derechos de imagen del retratado;

3. **Ofrecer una posibilidad a quienes vean expuestos contenidos propios sin su consentimiento, de establecer una reclamación formal ante los responsables de la red.** El protocolo que establece MySpace para estos casos, es un buen ejemplo. Se exige:

“(a) identificación de la obra protegida por copyright que se alega ha sido violada o, si un único aviso cubre varias obras protegidas por copyright, una lista representativa de dichas obras;

(b) identificación del material que se alega que viola los derechos en cuestión, e información razonablemente suficiente para permitirnos ubicar el material en los Servicios MySpace (siempre que la(s) URL del material que se alega que viola dichos derechos cumpla con este requisito);

(c) información suficiente para comunicarse con el denunciante , como una dirección, un número de teléfono y, si la tiene, una dirección de correo electrónico;

(d) una declaración del denunciante de que considera de buena fe que el uso controvertido no está autorizado por el propietario del copyright, su agente o la ley;

(e) una declaración del denunciante, realizada bajo pena de perjurio, en la que afirme que la información antedicha incluida en su notificación es precisa y que el denunciante es el propietario del copyright o está autorizado a actuar en nombre de este; y

(f) firma física o electrónica”.

4. En este punto es importante señalar que una vez recibida una reclamación, el contenido debería quedar en suspenso, notificando al usuario que subió el contenido hasta verificar la veracidad de la reclamación. Si hay un principio de prueba fiable (ejemplo: copia registro propiedad intelectual), el contenido debe ser retirado de inmediato.

8.4.1.1 Cesión de derechos sobre los contenidos de los usuarios a los entornos web 2.0

Los contenidos cuya autoría corresponde al usuario deben ser cedidos para ser visualizados en el Web Site. Esto, porque exponer el contenido implica **la explotación** de la obra a través del derecho de Reproducción (que posibilita que el contenido pueda alojarse en los servidores) y de **Comunicación Pública** (que supone “mostrar” la obra sin distribución de ejemplares). Al decir de algunos, también se ejerce el derecho de **transformación** por el cambio de formato que pueda experimentar la obra para poder ser adaptada a los requerimientos técnicos que exige el web site.

La cesión de los contenidos debe exigirse en las condiciones de uso o condiciones generales del Web Site.

La autoría de los contenidos siempre pertenecerá a los usuarios, ya que la paternidad de las obras es uno de los derechos morales de que goza el autor. Los derechos de explotación en cambio, como ya se explicó, pueden ser cedidos. Esta cesión deberá ser de carácter **no exclusivo** por cuanto:

- El servicio que ofrece el web site básicamente trata sobre reproducir y comunicar los contenidos que los mismos usuarios suben a la red. En este sentido, son los usuarios quienes posibilitan que esa red funcione como tal, por lo tanto **exigir una cesión exclusiva de contenidos se presenta desproporcionada**.
- Dentro del concepto de entorno web 2.0 el monopolio resulta al menos chocante y conflictivo con principios tales como la libertad de expresión o de información;
- El contenido generalmente ya estará incluso en otras redes sociales o foros, por lo que será difícil reclamar una exclusividad, teniendo en cuenta además el tremendo grado de dificultad que significaría fiscalizar la distribución de aquéllos contenidos y su evidente imposibilidad de perseguir a eventuales infractores.

- A todo esto se suma que una buena parte de usuarios probablemente no querrían subir los contenidos por temor a perder el control sobre los mismos.

En cuanto al **límite temporal**, la actual ley de propiedad intelectual permite que los derechos de explotación sean cedidos hasta por 70 años *post mortem* autor, por lo que en las condiciones generales se podrá exigir una cesión como máximo hasta ese período de tiempo.

Respecto al **ámbito territorial**, y por la naturaleza del medio por el cual se establece una red social (Internet), se podrá exigir un ámbito de explotación a nivel mundial.

Redes que retroalimentan a otras redes

Suele suceder que una red social emergente o más reducida retroalimente a otras redes de mayor envergadura con los contenidos que aportan sus usuarios. En este caso, se debe recordar que **la cesión no exclusiva no permite en primera instancia hacer una cesión a terceros, por lo tanto**, para proceder a esta cesión habría que cumplir con determinados requisitos:

- Debe requerirse el **consentimiento expreso** por parte del usuario, autorizando la cesión de sus contenidos a terceros;
- Debe darse la posibilidad al usuario de que conozca las condiciones de uso de las redes cesionarias de esos contenidos.

Cesiones realizadas a perpetuidad

No es lícito que los proveedores de contenido exijan que los contenidos que aportan los usuarios sean cedidos “a perpetuidad”. Claramente, y en razón de lo que ya se ha explicado, las cesiones a perpetuidad, de momento, no existen; y si bien países como

Estados Unidos quieren aumentar el plazo de explotación de las obras a 100 años *post mortem* autor, actualmente todos los contenidos dignos de protección finalmente entran en dominio público. Lo anterior significa que cualquier usuario informado puede denunciar este tipo de cláusulas que son del todo abusivas y contrarias a derecho.

Derechos morales de autor

Se examinarán los derechos de Paternidad e Integridad de la obra.

- **El derecho de paternidad, presenta una doble vertiente:**

1. **El derecho del autor a ser reconocido como tal.** En este sentido, el nombre o pseudónimo del autor no puede ser obviado de ninguna forma, de tal manera que siempre se le reconozca, no pudiendo bajo ningún concepto la red o sus responsables atribuirse la autoría de determinado contenido.
2. **El derecho a exigir que quien se presenta como autor de algún contenido, lo sea realmente.** En este sentido, la cláusula de autoría y originalidad que debe constar en las condiciones generales, deben exigir que los contenidos subidos por los usuarios les pertenezcan, desligando de esta forma posibles responsabilidades por el hecho de que un usuario se convierta en infractor de derechos de propiedad intelectual.

- **El derecho de integridad de la obra**

El derecho de integridad de la obra señala que ésta no debe ser alterada o modificada por terceros, siendo el único autorizado para introducir cambios significativos, el propio autor. Son ejemplos de infracciones a la integridad de la obra, que sea alterada, manipulada, que se le agreguen cambios in consentidos, e incluso que se le descontextualice.

Por regla general, al solicitar la cesión de derechos de propiedad intelectual, también se solicita el derecho de transformación. Debe recordarse que la transformación autoriza para que una obra sea alterada, dando por resultado una nueva obra. Luego, ambos derechos, integridad y transformación, deben conjugarse de tal manera que se respeten. Así por ejemplo, la transformación da derecho a traducir la obra, pero no a descontextualizarla, alterar sus párrafos o darle un sentido distinto del que originalmente tiene.

8.4.2 Los contenidos que aporta el entorno web 2.0

Los contenidos que aporta el entorno web 2.0 para sí misma, tales como las fotos, textos, audio, trabajos audiovisuales, las bases de datos y los programas de ordenador que se utilicen para montar el web site que aloja a la red, también serán protegidos por las normas de propiedad intelectual.

En este sentido, cobran una vital importancia los “términos de uso” o “aviso legal” del web Site, en el cual se advierte a los usuarios que tales contenidos pertenecen a la entidad y que por lo tanto no pueden hacer usos in consentidos de los mismos. Vale decir que los usuarios no pueden proceder al ejercicio de los derechos de explotación si no están autorizados.

Resumen

- *Las redes sociales ofrecen a los usuarios un número importante de aplicaciones que les permitan incorporar contenidos.*
- *Los derechos de propiedad intelectual tienen una doble vertiente, los derechos de explotación, que pueden ser cedidos a terceros por un plazo máximo de 70 años post mortem autor; y los derechos morales, personalísimos e intransmisibles.*
- *Debe exigirse a los usuarios que los contenidos que suban al Web Site sean de su autoría, o que declaren tener las licencias correspondientes si el contenido pertenece a un tercero.*
- *El usuario debe ceder sus derechos de propiedad intelectual, de forma no exclusiva, con el objeto de que éstos sean reproducidos y comunicados públicamente.*
- *Es lógico pensar que las licencias o las cesiones de los derechos puedan cancelarse cuando el usuario se de de baja en la red social.*
- *Los contenidos que la propia red genere, tales como texto, fotografías, bases de datos y programas de ordenador también tienen la protección debida a través de las normas de propiedad intelectual, siendo de suma importancia que esto se consigne en los “términos de uso” o “aviso legal” del Web site.*

9. Propiedad Industrial

La ley 17/2001, de 7 de Diciembre, regula la protección de marcas, patentes y nombres comerciales.

El enfoque con que debe tratarse la regulación de la propiedad industrial en los web sites 2.0 es doble:

- Por una parte, el encargado de la red social debe exonerarse de responsabilidad, en las condiciones de uso o condiciones generales, estableciendo expresamente que los perjuicios que se causen por eventuales infracciones que realice el usuario,

utilizando marcas, logos, eslóganes, nombres comerciales o cualquier otro objeto protegible por la ley, y que sean de propiedad de un tercero, serán de su exclusiva responsabilidad;

- Establecer en los términos de uso, que los usuarios tiene la obligación de respetar las objetos protegibles por la ley, que le pertenezcan a la red social, no pudiendo reproducir, comunicar, transformar o distribuir la marca, el diseño, o el nombre comercial, sin que medie autorización de los encargados de la red.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 34 de la mencionada ley, se otorga al titular el derecho de **“usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio”**.

Por lo tanto, lo aconsejable en este aspecto es que el titular del web site o red social registre el nombre comercial o marca que se corresponda con aquél identificativo de la red social. De esta forma, ante un eventual conflicto de dominio, se podrá reivindicar éste sin problema alguno.

Resumen:

- ***Debe exigirse a los usuarios que sus contenidos no vulneren la propiedad industrial de terceros, absteniéndose de utilizar logos, diseños, o marcas de terceros.***
- ***Es recomendable que el titular del web site o red social registre el nombre comercial o marca que se corresponda con aquél identificativo de la red social.***

10. Protección de datos personales o política de privacidad

La protección de datos personales está regulada por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales 13/1999, de 15 de Diciembre, (LOPD) y por su normativa de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007 de 21 de Diciembre.

Las personas físicas o jurídicas que en su actividad gestionen datos de carácter personal, están obligadas al tratamiento de los mismos en conformidad a la legislación señalada. Es

este el caso de proveedores y responsables de redes sociales y otras aplicaciones del entorno 2.0, ya que en general gestionan un gran cantidad de datos provenientes de los usuarios.

La protección de datos personales es una materia de suma importancia en el entorno web 2.0. Por la cantidad de datos que fluyen y por todas las aplicaciones que posibilitan a los usuarios dejar datos personales, la actual legislación, posee un alto estándar de exigencia y por lo tanto adaptarse al marco legal es difícil e imprescindible.

Los datos susceptibles de ser recabados en una aplicación 2.0, son entre otros, nombre y apellidos, edad e imagen personal. La dirección IP también es considerada como un dato personal por la Agencia Española de Protección de Datos.

10.1 Aspectos formales

Al establecerse la cláusula de protección de datos (o “política de privacidad”), el responsable de la red debe identificarse con su nombre comercial, CIF y domicilio social. El encargado de la red se convierte en propietario y responsable de los datos.

La cláusula debe ir incorporada en las condiciones generales o condiciones de uso del web site, aunque dependiendo de las posibilidades que ofrezca la red, deberá constar, por ejemplo, en la ubicación pertinente que se tenga establecida para efectos de enviar comunicaciones comerciales a usuarios no registrados.

10.2. El consentimiento en la recabación de los datos.

La ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD) es clara al señalar que para la recabación de datos personales es esencial que el usuario preste su consentimiento. Este consentimiento, de acuerdo al artículo tercero de la LOPD debe ser libre, inequívoco, específico e informado. Por lo tanto es necesario que al momento de registro, que es cuando el usuario proporciona los datos que son necesarios para ingresar en la red, conste

una cláusula especial, la cual debe ser aceptada expresamente antes de que proceda a formalizarse el registro, de manera que no pueda concretarse aquél registro a menos de que ésta sea aceptada. Es importante recalcar en este punto que la casilla que se establece para ser marcada por el usuario en indicación de la prestación de su consentimiento, en ningún caso puede estar marcada por defecto, sino que debe ser el propio usuario quien debe proceder a completarla. De esta forma se estará cumpliendo la exigencia de la ley en el sentido de que el consentimiento debe prestado en forma expresa.

Ejemplo:

He leído y acepto las condiciones generales y la política de privacidad

10.3. La información y la finalidad en la recabación de los datos personales.

El usuario debe estar informado acerca de las finalidades del tratamiento de sus datos personales. Así lo señala el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

Para el caso de las redes sociales, esa finalidad será en principio la gestión y administración de aquéllos datos para efectos de participar en la comunidad social. Además, deberá constar la finalidad consistente en el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Pueden figurar en esta cláusula otras finalidades, como por ejemplo el envío electrónico de encuestas de satisfacción, entre otras.

10.4. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

Estos derechos, también denominados “ARCO”, le pertenecen al afectado por imposición legal. La posibilidad de ejercerlos debe constar de forma expresa en la cláusula relativa a protección de datos personales, debiendo proporcionarse por parte del responsable de la red las vías adecuadas para que éstos sean ejercidos. La ley señala que el medio debe ser sencillo y que no suponga un coste excesivo (aunque en medios electrónicos debe ser gratuito), estableciéndose en los artículos 24 y 25 del Reglamento de Desarrollo de la Ley de Protección de Datos personales, lo siguiente:

Art. 24.4 : Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de cualquier índole para la atención a su público o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, podrá concederse la posibilidad al afectado de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de dichos servicios. En tal caso, la identidad del interesado se considerará acreditada por los medios establecidos para la identificación de los clientes del responsable en la prestación de sus servicios o contratación de sus productos.

Art.25. 1. Salvo en el supuesto referido en el párrafo 4 del artículo anterior, el ejercicio de los derechos deberá llevarse a cabo mediante comunicación dirigida al responsable del fichero, que contendrá:

- a) Nombre y apellidos del interesado; fotocopia de su documento nacional de identidad, o de su pasaporte u otro documento válido que lo identifique y, en su caso, de la persona que lo represente, o instrumentos electrónicos equivalentes; así como el documento o instrumento electrónico acreditativo de tal representación. La utilización de firma electrónica identificativa del afectado eximirá de la presentación de las fotocopias del DNI o documento equivalente. El párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la normativa específica aplicable a la comprobación de datos de identidad por las Administraciones Públicas en los procedimientos administrativos.*
- b) Petición en que se concreta la solicitud.*
- c) Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante.*
- d) Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso.*

10.5. El tratamiento de los datos en el caso de los menores de edad

El Real Decreto 1720/2007 de 21 de Diciembre establece que la recabación de los datos de menores de 14 años debe ser autorizada por sus tutores o representantes legales. De ahí que las condiciones de uso deben señalar esos **14 años como edad mínima para poder ingresar en la red.** Al ser difícil cerciorarse respecto a la edad que tienen los menores que

se registran, cobra una vital importancia establecer un código de conducta exhaustivo que regule el comportamiento de los usuarios.

A raíz de esto, la Agencia Española de Protección de datos, a través de la resolución R/00284/2008, impuso una sanción de un total de 270.000 euros a dos entidades que infringieron esta premisa.

Se trata de una agencia de publicidad, titular de una base de datos obtenida a través de un portal de Internet, por el que las personas que así lo desearan podían facilitar sus datos para el envío de información comercial tanto por medios electrónicos como correo ordinario, de las áreas de interés para el usuario. Dicho formulario estaba regulado correctamente conforme a la LOPD y a la LSSI.

La agencia, en nombre de una entidad bancaria, realiza un envío de información comercial con los productos ofertados por ésta última.

El problema radica en que uno de estos envíos fue dirigido a un menor de 14 años, y según hemos comentado, el tratamiento de datos de menores de 14 años ha de contar con el consentimiento de sus padres o representantes legales.

Como ya hemos dicho antes, el formulario por el cual se recababan los datos estaba regulado conforme a la LOPD y a la LSSI, e incluso se incluía un filtro de edad, por el que los usuarios deberían facilitar la fecha de nacimiento para impedir el tratamiento de menores de edad. Pero por un error en la programación, o por una programación limitada, el formulario atribuyó al menor de 14 años una mayoría de edad falsa, aunque el menor facilitara su edad real.

Por este motivo, la Agencia de Protección de datos sanciona a estas dos sociedades por el tratamiento y cesión de los datos sin contar con el consentimiento de los padres o tutores legales del menor. Es por ello muy importante a la hora de recabar datos, establecer un mecanismo válido que nos permita determinar la edad del usuario, y en su caso, confirmar la autenticidad del consentimiento de los padres o tutores legales. Asimismo, y

a efectos de protección de datos, es recomendable informar a los usuarios, de los límites de edad que se encuentran establecidos por la ley en aquellos casos en los que exista la probabilidad de acceso por parte de menores de catorce años.

El nuevo Reglamento es claro en este sentido, y de ahí la sanción impuesta a la entidad bancaria y a la agencia de publicidad de 60.000 € y 210.000 € respectivamente.

Dentro de los asuntos que probablemente resultan más conflictivos a este nivel, se encuentra el ejercicio del derecho del usuario a darse de baja del servicio. Esto, porque cuando el usuario opta por darse de baja, desaparece el fundamento que justificó recabar sus datos personales. Por lo tanto, estos datos deben ser cancelados. Así lo establece el artículo 4 Ley Orgánica de Protección de Datos Personales:

“Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”.

A consecuencia de lo anterior, se deben puntualizar determinados aspectos:

1. A favor de los usuarios debe existir la **posibilidad de darse de baja**: esto porque al ser un servicio regulado y cuyo ingreso es completamente voluntario, lo lógico es que el usuario tenga el derecho de retirarse de la comunidad. Este derecho debe constar, junto a su correspondiente vía de ejercicio, en las condiciones de uso de la red.
2. **“Desactivar la cuenta” y “darse de baja”**. Determinadas redes presentan una opción confusa, que se ha denominado “desactivar la cuenta”. Como su nombre lo indica, esta opción debería significar la desactivación del registro del usuario, con la consiguiente cancelación de los datos y contenidos. Sin embargo, lo que sucede realmente es que la cuenta del usuario queda “en suspenso”, esperando a que nuevamente se vuelva a utilizar. Lo anterior implica que ni los datos ni los contenidos son retirados de la red.

Corolario de lo anterior es que el usuario debe tener la opción de darse de baja o desactivar su cuenta; y además como posibilidad aparte, la de dejarla inactiva por un cierto lapso de tiempo, transcurrido el cual, en el caso de que vuelva a utilizarla, se active y actualice.

- 3. Cancelar los datos implica que éstos deben ser retirados del entorno web 2.0:** como se señaló anteriormente, al desaparecer la finalidad o fundamento que justificaba su tratamiento, éstos deben retirarse. Probablemente éste sea uno de los puntos más complicados. Por una parte, los usuarios tienen la facultad de compartir con otros usuarios sus datos, lo que permite que determinados datos personales como el correo electrónico o la imagen personal plasmada en fotos se difunda con rapidez. Además las mismas redes sociales comparten datos y contenidos con otras redes o sitios, lo cual puede generar problemas en torno a saber a ciencia cierta a quién le corresponde la cancelación de datos.

10.6 La cesión de datos a un tercero

La cesión de datos por parte de su propietario y responsable, a un tercero debe enmarcarse dentro de las siguientes normas:

- Debe informarse al usuario, en la cláusula relativa a protección de datos personales o política de privacidad, que esos datos serán cedidos;
- Debe indicarse a quién se realizará la cesión de datos. Para estos efectos, deberá identificarse a la compañía que recepcionará esos datos, y la finalidad de la cesión. En el caso de ser varias las empresas o compañías cesionarias, se las agrupará bajo una denominación genérica que indique el sector al cual esas compañías pertenecen (ej. sector del automóvil; sector de la hostelería, etc.).
- Debe ofrecerse la opción al usuario de oponerse a dicha cesión.

10.7 Conservación de los datos y caducidad de la cuenta

Suele suceder que un usuario se registre y utilice por un breve espacio de tiempo, o simplemente no utilice las herramientas que ofrece la red. Esta situación no puede mantenerse de forma permanente, ya que de cierta manera, la finalidad de recabación de los datos personales –gestión de la cuenta- en relación con ese determinado usuario que no registra movimientos, no se estaría cumpliendo. Por lo tanto, los responsables de la red social deben establecer en las condiciones de uso una cláusula que señale un plazo de caducidad de la cuenta. Un plazo apropiado y a modo de referencia podrían ser 18 meses a partir del registro.

10.8 Indexación de perfiles

La indexación de los perfiles -vincular los datos a una herramienta de búsqueda- también ha sido objeto de preocupación para la Conferencia de Estrasburgo, que ha señalado que “Los proveedores deberán garantizar que los datos de usuarios sólo pueden explorarse en buscadores externos cuando un usuario haya dado su consentimiento explícito, previo e informado a tal efecto. La no indexabilidad de los perfiles por parte de motores de búsqueda debería ser una opción por defecto”.

10.9 La portabilidad entre redes sociales

Actualmente existen alianzas entre comunidades y web sites que permiten hacer portabilidad de datos y contenidos de una red a otra, sin que el usuario tenga que hacer la actualización en todas ellas, bastando que se haga sólo en una de las redes de entre las que se encuentra registrado. Así por ejemplo, *www.twitter.com* está “enlazada” con *MySpace*, de forma que todas las actualizaciones que se hagan en twitter consten en MySpace, notificándose a los contactos del usuario (“*MySpace Data Portability*”).

A través de este tipo de aplicaciones las redes se retroalimentan entre sí, comunicándose datos y contenidos, tal como se expresó en el epígrafe dedicado a propiedad intelectual (en el cual se indicó que la cesión de contenidos a otras redes debía ser expresa e informada).

Respecto a este tema, se puede añadir lo siguiente:

- **El usuario debe conocer el hecho de que una determinada red está enlazada con otras a estos efectos;**
- **Debe conocer a cuántas redes o sitios se está enlazando la información;**
- **Debe tener la posibilidad de optar por no realizar la actualización en las otras redes;**
- **Debe tener el derecho de desenlazarse de determinadas redes;**
- **Debe tener la posibilidad de no compartir con sus contactos las actualizaciones realizadas.**

En ese punto cabe también remitirnos a lo señalado anteriormente—indexación de perfiles—ya que la Conferencia de Estrasburgo establece que para que sea posible la indexación de datos, y en definitiva éstos resulten relacionados a una herramienta de búsqueda, es necesario que el usuario lo consienta de forma expresa y que aquella opción no esté marcada por defecto. En este sentido, cabe señalar que si tal Conferencia recomienda proceder de esta forma en lo relativo a herramientas de búsqueda, es razonable pensar que seguirá la misma directriz en caso de que exista la opción de transferir datos y contenidos a otras redes sociales.

10.10 El usuario como obligado al tratamiento de datos personales

La legislación relativa a protección de datos, establece respecto de las personas físicas que:

“El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:

- a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas ”(Art. 2)*

Por lo tanto, en principio los usuarios, personas físicas que gestionen datos personales de terceros, no están obligados a su tratamiento.

Sin embargo, si las personas físicas actuaran fuera de actividades personales o domésticas ¿les es aplicable la ley? La respuesta es afirmativa. Piénsese en el caso de un autónomo que en ejercicio de su actividad profesional, gestiona datos personales. Él está obligado al tratamiento, ya que su actividad trasciende el ámbito doméstico o personal.

En este mismo sentido, se puede presentar otra situación. ¿Qué sucedería si el usuario que aporta esta clase de contenidos, no está obligado formalmente y de antemano a cumplir con la normativa de protección de datos?

Para intentar contestar a esta cuestión, cabe preguntarse si el entorno 2.0, especialmente las redes sociales, se configuran como un espacio que escapa de la órbita privada, para pasar a convertirse en uno de carácter público, que obligue por lo tanto a adoptar el tratamiento necesario de los datos de acuerdo a la ley.

El tema no es fácil, ya que en el entorno 2.0 se pueden encontrar, entre otros:

- Espacios totalmente abiertos y públicos, en los cuales se puedan visualizar sin ningún obstáculo, contenidos ajenos;
- Otros, que permiten un control del perfil por parte del usuario, de manera que comparta información con quien estime;
- Espacios semi controlados a los cuales se puede acceder sólo a través de invitación,
- Espacios restringidos a los cuales sólo puede accederse mediante una password única y personal.

No obstante, y tal como ya se apuntó, las autoridades comunitarias pertinentes están estudiando a fondo la interacción del usuario con el entorno 2.0, especialmente en lo relativo a la proporción de datos personales y su posterior gestión. Esto se confirma con el anuncio que hace un tiempo realizó el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, señalando la intención de celebrar reuniones con los principales responsables de redes sociales.

Lo anterior apunta a que el trato que las autoridades otorgarán a las redes sociales, será el de ámbito público. De ser así, el usuario que gestione datos personales de terceros, pero que no esté obligado a priori al tratamiento de los mismos por ser su actividad personal o privada, al saltar al espacio público transforma dicho carácter privado en un carácter público. Por ello es que sí existiría obligación de tratar esos datos conforme a la ley, y en principio, la responsabilidad por el destino de esos datos le correspondería totalmente.

En el mes de junio del año 2008, la Agencia Española de Protección de Datos, dictó una interesante resolución -617/2008- que confirma lo señalado.

El caso en concreto trata sobre lo siguiente: con el objeto de exponer el grave problema de prostitución que afectaba a una céntrica calle madrileña, los vecinos del lugar decidieron grabar a los transeúntes que frecuentaban la zona. En seguida, subieron los vídeos al portal Youtube. Aunque adoptaron la precaución de difuminar los rostros, en al menos dos de los vídeos sí era identificable la persona grabada.

En la mencionada resolución, la Agencia, entre otros argumentos, señala:

- Que, de acuerdo con la definición de tratamiento de datos personales, la captación de imágenes de las personas que se encuentran en un lugar público constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada. (LOPD);
- Atendiendo a la definición contenida en las normas citadas (LOPD) que considera dato de carácter personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, las grabaciones indicadas se ajustarán a este concepto siempre que permitan la identificación de las personas que aparecen en dichas imágenes. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente;
- Respecto a estas imágenes, que permiten identificar a las personas, deben ser consideradas datos de carácter personal, conforme al artículo 3.a) de la LOPD, y

tales imágenes constituyen, en sí mismas consideradas, un tratamiento de datos en los términos de la LOPD;

- La captación y reproducción de imágenes de los transeúntes en la calle, que constituyen datos de carácter personal, y su publicación en “YouTube”, accesible para cualquier usuario de Internet, **se encuentra sometida al consentimiento de sus titulares**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD.”

Es decir, respecto de las grabaciones en las cuales sí era posible hacer una identificación de quienes fueron grabados, la Agencia señaló que esa misma grabación se constituía como un tratamiento de datos, para el cual el o los afectados por dicho tratamiento, no habían prestado su consentimiento.

Todo lo anterior viene a confirmar que las personas físicas sí están sujetas a la ley orgánica de protección de datos, cada vez que efectúen un tratamiento de los mismos en el ámbito público. Por lo tanto, el usuario de youtube que subió esas grabaciones fue sancionado.

Por otra parte, llama la atención de esta resolución el enfoque que la Agencia hace del portal youtube:

- Lo considera un “espacio telemático al que se puede acceder sin necesidad previa de identificación, es decir, un espacio abierto”
- Realiza una cita textual de sus términos o condiciones de uso, específicamente de los apartados 5.3 y 8.3 (*el usuario de youtube...acepta ser el único responsable frente a youtube y a otros terceros de toda la actividad que tenga lugar con su cuenta youtube...* el usuario *“reconoce y acepta ser el único responsable de sus archivos de usuario y de las consecuencias de su publicación”*). De esta forma, citando tales cláusulas, no se puede entender menos que para las autoridades, las condiciones que los proveedores o responsables elaboren, son de suma importancia, y a juzgar por la resolución, ayudarían a limitar responsabilidades.

Es por lo tanto recomendable insertar en las condiciones de uso, un apartado que establezca que:

“Todo aquél obligado al tratamiento de datos personales de acuerdo a la ley vigente, declara que cumple efectivamente con ella, y por lo tanto exime de responsabilidad a (__ nombre de la red __ ”.

Resumen

- ***La política de privacidad es uno de los puntos más delicados en el entorno 2.0.***
- ***La recabación de datos mediante el registro de usuarios debe ajustarse a las finalidades de la red, de tal manera que los datos que se soliciten no sean excesivos***
- ***Debe evitarse el registro de menores de 14 años, ya que la recabación de sus datos requiere la autorización de su representante legal.***
- ***Los datos de carácter personal deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. Es decir, cada vez que el usuario se dé de baja, todos sus datos personales, incluyendo su imagen, deben ser bloqueados.***
- ***La portabilidad de datos entre redes sociales no debe constituirse como una práctica entre los proveedores, sin que al menos el usuario no la haya aceptado.***
- ***Los proveedores deberán garantizar que los datos de usuarios sólo pueden explorarse en buscadores externos cuando un usuario haya dado su consentimiento explícito, previo e informado a tal efecto. La no indexabilidad de los perfiles por parte de motores de búsqueda debería ser una opción por defecto.***
- ***Es conveniente que los usuarios obligados de acuerdo a la Ley de Protección de Datos, declaren que cumplen con las obligaciones pertinentes, a efectos de delimitar responsabilidades en este sentido.***

11. Los derechos de imagen.

La imagen personal goza de una doble protección:

- Por una parte, 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.
- La ley Orgánica de Protección de Datos Personales 15/1999 ya que la imagen de una persona es considerada como un dato personal.

Uno de las aplicaciones más utilizados por los usuario de una red social es la de “subir” y compartir fotografías o audiovisuales. En este sentido, los responsables de la red deben tener especial precaución en los siguientes aspectos:

- Las condiciones de uso de la red social deben establecer una cláusula relativa a la cesión de derechos de imagen. Esta cesión deberá solicitarse en forma no exclusiva y sin posibilidad de cesión a terceros, y con la finalidad única de poder reproducir y comunicar públicamente dichas imágenes en la red social;
- Si en las fotografías apareciesen más personas, quien las incorpora en el web site debe manifestar que cuenta con las autorizaciones pertinentes de dichos terceros;
- Exigencia de que en las fotografías no aparezcan menores de edad, y si aparecen, que el usuario cuente con el consentimiento del padre, representante o tutor legal, por cuanto la cesión de su imagen personal por su propia cuenta, sólo puede proceder en el caso de que tengan la madurez suficiente para cederla.
- La cesión de derechos de imagen puede revocarse siempre (*“El consentimiento... será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”* Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Es decir el usuario podría solicitar en cualquier momento que le retiren sus fotografías, en el ejercicio del derecho que le ampara.

Al ser la imagen un dato personal, si el usuario se da de baja, las fotografías y audiovisuales que contengan su imagen deberían ser retirados completamente de la red junto con su perfil.

Insistimos en que las posibilidades de propagación en Internet son infinitas, y por lo tanto hacer un retiro exhaustivo resulta si no imposible, al menos muy difícil. En este sentido, el encargado de la red social podría atenuar su responsabilidad, señalando que retirará todo lo que se corresponda con el perfil del usuario, mas no puede responsabilizarse por la difusión que el mismo usuario o sus contactos hayan realizado dentro de la red o fuera de ésta.

La Agencia Española de Protección de Datos aún no se pronuncia sobre esta materia, y por lo tanto las directrices a seguir en este punto no están del todo claras. En todo caso, la interpretación de la LOPD no debería ser exhaustiva, dadas las características del medio en que se desarrolla la red social, aunque conociendo la trayectoria de dicha Agencia no es difícil prever su “veredicto”.

11.1 Derechos de imagen, protección de datos y propiedad intelectual

Como se señaló anteriormente, la imagen personal está protegida doblemente, por una parte por la ley orgánica 1/1982 de 5 de diciembre, y por otro lado por la Ley Orgánica de protección de datos personales 13/1999.

El derecho a la imagen tiene el carácter de fundamental. La base de su protección proviene del artículo 18 de la Constitución Española, que señala:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

En el entorno 2.0 se puede observar que este derecho es susceptible de cruzarse o trasponerse con otros, como son los derechos de propiedad intelectual y los derechos que derivan de la ley orgánica de protección de datos. Cabe señalar que éstos últimos también encuentran su soporte en el artículo 18 reproducido.

A continuación se verá cuáles son las notas características que la Ley Orgánica 1/1982 y la Ley Orgánica 13/1999 otorgan a la protección del derecho de imagen. Enseguida se examinarán algunos casos prácticos relativos a la imagen personal y el entorno 2.0.

1. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Las principales características de esta ley son las siguientes:

- La protección que otorga es de carácter irrenunciable e imprescriptible. Es decir, no se puede obligar a un usuario ni aún por vía contractual a renunciar a los derechos que le otorga la ley;
- El consentimiento para ceder los derechos de imagen debe ser de carácter expreso;
- Como se mencionó anteriormente, el consentimiento del usuario que cede los derechos de imagen es de carácter revocable “en cualquier momento”;
- “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.”
- Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Conviene destacar qué es lo que la ley considera como intromisiones legítimas o ilegítimas, en relación con la imagen de una persona:

Son legítimas:

- las intromisiones respecto de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública siempre que su imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, o las utilización de caricaturas de las mismas;

- La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Dentro de las intromisiones ilegítimas, destaca especialmente para estos efectos, que la ley considera ilegítima “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Por lo tanto, cada vez que se solicite la cesión de derechos de imagen, si además ésta será utilizada para estos fines, esto debe señalarse expresamente.

2. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

La imagen de una persona es un dato personal. De acuerdo al artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la citada ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, y completando lo dispuesto en el artículo 3 a) de aquélla, se define “datos de carácter personal” como *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

Por lo anterior es que cada vez que se capte este tipo de información, existe obligación de someterse a la ley de protección de datos. En resumen de lo mencionado en el apartado pertinente, y tal como expresa el Informe Jurídico 2008-0434 de la Agencia de Protección de Datos de Carácter Personal:

- Los datos deben captarse con el consentimiento informado del afectado;
- Los datos de carácter personal deben ser cancelados cuando desaparezca la finalidad o fundamento en virtud del cual fueron recabados.

3. Recordemos algunas nociones y casos prácticos

Los casos que pueden presentarse en el entorno 2.0 se basan fundamentalmente en la preeminencia que puedan tener unas leyes respecto de otras, y del resultado de obtener y revocar las autorizaciones que permiten subir contenidos al web site.

Deben recordarse algunos aspectos ya tratados:

- En razón de la aceptación expresa de las condiciones generales o de uso del sitio, el usuario cede los derechos de propiedad intelectual que puedan corresponderle, además de sus derechos de imagen personal;
- Para subir contenidos que contengan imágenes personales de terceros, esas mismas condiciones deben exigir que el usuario obtenga las autorizaciones de esos terceros para efectos de ver comunicada su imagen, delimitando la responsabilidad en este sentido;
- La protección de datos personales corresponde a quien recaba esos datos. El ámbito de aplicación de la ley afecta sólo a personas físicas o jurídicas fuera del entorno personal y privado, quienes serán los propietarios y responsables de los datos.

4. Algunos casos prácticos que pueden presentarse en el entorno 2.0:

Se ejemplificará con unos de los contenidos más utilizados: las fotografías. Los derechos que se generan en torno a ella son:

- Derechos de propiedad intelectual a favor del autor o realizador;
- Derechos de imagen de la persona retratada;
- Derechos relativos a la imagen, como un dato personal.

1. El usuario es autor/realizador de la fotografía y aparece retratado en ella. Sería el caso de una persona que se tomó a sí mismo una fotografía.

*¿Qué sucedería sin en virtud de la LO 1/1982 que protege los derechos de imagen, honor e intimidad, el usuario quisiera revocar su derecho de imagen?

En este caso, al ser el derecho de imagen de carácter fundamental, primará sobre el derecho de propiedad intelectual, y en definitiva esa revocación surtiría todos los efectos legales.

*¿Existe un derecho de indemnización a favor del titular del web 2.0?

La LO 1/1982 otorga un derecho de indemnización para el afectado con la revocación. Sin embargo en este punto hay que preguntarse si para el proveedor se producirá un daño que sea susceptible de reparación. Esto dependerá de si la eliminación de la fotografía realmente involucra un gran esfuerzo económico. En este sentido, y si es que ese esfuerzo no es tan elevado, probablemente esa indemnización no sea tan alta o simplemente no exista.

*¿Qué sucede si el usuario decide darse de baja del servicio?

Como se explicó, los datos personales sólo son susceptibles de ser tratados en la medida que exista un fundamento para ello. Si ese fundamento o finalidad desaparecen, los datos deben ser cancelados:

“Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”. (Art. 4 LOPD)

Por lo tanto, ante la solicitud de baja, el responsable debe cancelar los datos personales, dentro de los cuales se encuentra la fotografía en la que conste su imagen. Prima en este caso también lo relativo a protección de datos de carácter personal sobre la cesión de propiedad intelectual, ya que la ley orgánica respectiva desarrolla el derecho fundamental al honor, imagen e intimidad establecido en el ya señalado artículo 18 de la CE.

2. Si el usuario que “sube” la fotografía es distinto a las personas retratadas o aparece en la foto junto a terceras personas.

Considerando que el usuario está en un entorno público y no personal, de acuerdo a las condiciones de uso del web site, se presume que el usuario cuenta con el consentimiento de los retratados en la fotografía, antes de hacer la respectiva cesión.

Ante reclamaciones por parte de terceros, y que pudiesen ejercer basados en su derecho de imagen personal, el titular del web 2.0 debe dirigirlos al usuario infractor, ya que es él el exclusivo responsable de solicitar las autorizaciones. Sería conveniente de todas formas optar por una solución práctica, que podría ser por ejemplo, retirar la fotografía y notificar al usuario infractor, amonestándolo.

En el caso que la situación alcance los términos de un conflicto judicial, la misma cláusula que delimita responsabilidades en los ámbitos de derechos de imagen y propiedad intelectual, debe establecer que todos los costes que asumió el proveedor por este concepto serán debidamente reclamados al infractor.

En razón de que los terceros retratados no han prestado su consentimiento informado para que sus datos sean tratados, este conflicto se resolvería en principio sólo a través de 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.

En razón de todo lo visto anteriormente, se puede recomendar:

- **Que en aplicación de las conclusiones de la Conferencia de Estrasburgo, el usuario gestione su perfil de forma directa (“los proveedores...deberán permitir una restricción en la visibilidad completa de los perfiles, así como de los datos contenidos en los mismos y en las funciones de búsqueda de las comunidades”)**
- **Que la utilización de imágenes para fines promocionales sea aceptada expresamente.**
- **Que la portabilidad de datos y contenidos a terceros, especialmente a otras redes sociales, sea aceptada expresamente.**

Se debe apuntar en todo caso que las soluciones y recomendaciones propuestas son sólo orientativas, considerando que las autoridades pertinentes están actualmente examinando con detención cada uno de los puntos que conforma este y otros temas.

Recientemente, y ante la reclamación masiva de sus usuarios, Facebook tuvo que retirar su nueva propuesta de condiciones de uso del servicio, ya que éstas permitían almacenar a perpetuidad toda clase de contenidos, incluyendo nombre, apariencia e imagen, para cualquier propósito, incluso promocionales. Ahora los usuarios podrán votar las cláusulas de un documento que funcionará a modo de “constitución”, cuestión no menor si se piensa en que el universo de votantes asciende a 175 millones de personas. Sin duda este es un buen ejemplo de que los usuarios están adquiriendo conciencia de los derechos que les asisten; de ahí la importancia de ajustar al marco legal las aplicaciones 2.0, y en especial, las redes sociales.

Resumen:

- ***La imagen personal ostenta una doble protección: como un derecho fundamental, está protegida por el artículo 18 Constitución Política y por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Como dato personal, está protegido por la Ley orgánica 13/1999 de protección de datos de carácter personal.***
- ***Para dar cabida a una de las aplicaciones más importantes dentro del web site –subir fotografías personales- es imprescindible que las condiciones del servicio exijan la cesión de los derechos de imagen. Además, si las fotografías incluyen a terceras personas, es necesario exigir al usuario que cuente con las autorizaciones pertinentes. Finalmente, los usuarios no debieran estar autorizados para subir fotos de menores de edad.***

12. Enlaces

Los enlaces a Web Sites de titularidad de terceros, se pueden enfocar desde un doble punto vista:

- *Los links que incorporan los usuarios.* Las condiciones de uso o condiciones generales deben **establecer una cláusula que limite la responsabilidad del encargado de la red, respecto a los contenidos que se alojen en las páginas enlazadas**, así como respecto de **eventuales infracciones que puedan cometer los usuarios que realicen enlaces in consentidos**. Por lo tanto, debe quedar expresamente señalado que el usuario es el único responsable en este aspecto, si bien, el encargado de la red que tenga conocimiento y posibilidad de control respecto de un enlace abusivo, o ilegal, debería eliminarlo.

- Los que establezcan los encargados de la red. Los enlaces que inserte el encargado de la red social son de su exclusiva responsabilidad. Es aconsejable :
 1. Que al realizar enlaces con un sitio determinado, en primer lugar se examinen las condiciones de aquél sitio, por ejemplo: web site que enlaza con un tercero que incite a cometer actos ilícitos, podría llegar a tener responsabilidad.

Pueden existir sitios que incluso no autorizan enlaces, es difícil evitarlo aunque todo depende de la finalidad del enlace.

 2. Regular las condiciones de enlace desde otros web sites.

 3. Señalar que el web site no tiene ninguna relación comercial o societaria con las empresas cuyas páginas se enlazan, si es que realmente no existiere tal relación.

Resumen:

- ***Los enlaces son una aplicación muy común dentro del entorno 2.0. En razón de ello, debe exigirse a los usuarios que los enlaces que realicen se hagan a páginas lícitas y que a su vez permiten ser enlazadas.***
- ***Como forma de protección de la imagen corporativa, también se recomienda regular la manera en que terceros enlazan al Web Site del proveedor.***

13. Publicidad en entornos web 2.0

Frente a la regulación tradicional de la publicidad, el concepto web 2.0 aporta un grado de personalización cada vez más sofisticado. Las estrategias y herramientas de CRM (Customer Relationship Management) permiten generar perfiles a los cuales orientar los contenidos publicitarios ya segmentados.

Según un Informe de la Agencia Española de Protección de Datos del año 2002 respecto al sector de Internet, se determinó que:

“Cuando se haya previsto que los datos sean utilizados de forma que los usuarios puedan ser segmentados, a partir de la información personal y comercial que consta en los ficheros, se informará claramente de esta circunstancia al usuario en el momento de recabar sus datos.”

“Así mismo se le concederá la facultad de oponerse a esta modalidad, indicándole el procedimiento que deberá seguir en el caso que decida hacer uso de ella.”

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad es la norma básica que regula todos los aspectos relativos a la publicidad, en cualquier tipo de medio.

El artículo 2 de esta ley define publicidad como: *“toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Los primeros párrafos de la Ley General de Publicidad están dedicados a definir qué es la publicidad ilícita.

“La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución”.

El artículo 3 establece los diferentes tipos de publicidad ilícita:

- **Publicidad engañosa:** *“es toda publicidad que pueda inducir a error a los destinatarios”*.
- **Publicidad desleal:** *“publicidad con notorio desprecio hacia una persona o empresa o sus productos o servicios; aquella publicidad que cree confusión o se use empleando distintivos, marcas, siglas de otras empresas; la publicidad que vaya en contra de los buenos usos mercantiles; y la publicidad comparativa (exceptuando los casos establecidos por ley)”*.
- **Publicidad subliminal:** *“aquella publicidad emitida empleando métodos imperceptibles que es captada inconscientemente por el usuario”*.
- **Publicidad comparativa:** *“será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él”. Para ser considerada como ilícita, la publicidad comparativa debe vulnerar los aspectos especificados en el apartado 6 bis de la Ley General de Publicidad:*

Artículo 6 bis.

1. (...)

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación. f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

13.1 Sistemas de publicidad

A) Coste por Click (CPC): cada vez que un usuario hace click en la publicidad, se realiza un cobro fijo al anunciante.

B) Cost per Thousand (CPM): por cada mil impresiones que tenga la publicidad en perfiles de usuarios, aunque no sea pulsada, se realiza un cobro al anunciante.

Los precios a cobrar pueden ser fijados de dos maneras:

- El anunciante fija el precio. Mientras más alto sea el precio que fije, la probabilidad de que su publicidad sea desplegada en los perfiles aumenta. Además, la probabilidad de que la publicidad sea mostrada en cierto perfil se define a través de algoritmos que comparan la relevancia de la publicidad con el contenido del documento en donde se mostrará. Por lo general existe un precio mínimo a pagar.

- La red fija un precio. La probabilidad de que la publicidad sea mostrada en cierto perfil se define a través de algoritmos que comparan la relevancia de la publicidad con el contenido del documento en donde se mostrará, o simplemente se muestra publicidad utilizando un algoritmo al azar y equitativo para los clientes de la red.

C) Compra de espacios fijos: bajo este sistema clásico, la empresa interesada en hacer publicidad compra un espacio en el perfil o página principal designado por la red durante cierto tiempo.

D) Publicidad gratuita / creación de perfiles: La empresa interesada crea un perfil en la red como un usuario más. Algunas redes tienen entre sus ofertas perfiles especiales destinados a empresas, con determinadas características y algunas diferencias con los perfiles de usuarios.

Ejemplo: Facebook Pages

Este tipo de publicidad escapa de la norma. Es una categoría especial de perfil destinado a empresas, compañías o políticos. Los usuarios pueden hacerse “fans” de un producto, escribiendo en el “muro”, subir fotos y discutir con otros fans. Desde la perspectiva de la empresa, es posible enviar noticias acerca de sus productos a sus fans. Este servicio es gratuito.

Lo especial es que cada vez que un “fan” interactúa con un Facebook Page, sus amigos/contactos lo sabrán, comenzando a propagarse la información de manera “viral”. Por ejemplo, un usuario es “fan” de Obama. Cada vez que interactúe con el sitio, sus contactos serán notificados. A esto se le denomina “distribución viral”

13.2 Presentación de la publicidad

A) Imágenes con texto: por lo general, este tipo de publicidad consiste en una imagen de un tamaño que puede ir desde pequeñas opciones dentro del perfil, a grandes espacios que ocupan la parte superior o lateral de la página Web.

B) Exclusivamente texto: popularizado por Google con su sistema de publicidad AdSense, el método de publicidad por texto viene de la mano con la publicidad contextual: el texto mostrado en la publicidad se conforma al contenido del perfil que se está mostrando. Además es menos invasivo y en teoría es más efectivo que otros métodos ya que la publicidad sería verdaderamente relevante para el usuario que esta leyendo el sitio Web.

C) Aplicaciones/Widgets: Los widgets se configuran como un código que puede ser instalado y ejecutado dentro de cualquier sitio Web basado en HTML con el objeto de ejecutar directamente una determinada aplicación de forma más accesible para el usuario. A través de ellos, las empresas tienen una novedosa manera de llegar al público. Por lo general este tipo de publicidad también cae en la categoría social/viral.

13.3 Formatos publicitarios

13.3.1 Publicidad distribuida a través de notificaciones automáticas

Algunas redes sociales informan a los contactos/amigos del usuario acerca de la interacción que realiza el usuario en otras partes del sitio Web de la red social, sitios Web asociados o perfiles de amigos/contactos. De igual manera, cuando el usuario realiza una interacción con un Widget diseñado por/para la empresa, o con un Widget diseñado para mostrar publicidad, los contactos del usuario también son notificados.

Veamos:

- **“Social Ad”**. “Social Advertising”. Consiste en llevar las tácticas de publicidad utilizadas en el mundo ‘real’ a la red social online, tales como recomendaciones de amigos y presión de grupo. A las notificaciones que muestran las actividades de un usuario en la misma red social, en otro sitio Web asociado, o con un Web Widget, se le suman pequeñas frases o imágenes insertadas por la empresa que realiza la publicidad, haciendo parecer como si el contacto estuviese recomendando el producto o servicio al cual se le hace la publicidad.

Ejemplo Facebook:

Supongamos que un usuario es fan de Madonna. En seguida se notifica a un amigo o contacto señalándole aquello, insertando además, “Puedes comprar música de Madonna en iTunes!”, de tal manera que parezca que el usuario original está recomendando iTunes. Este tipo de publicidad se camufla entre las noticias el perfil del usuario, entre mensajes reales de sus contactos.



En esta imagen, la usuaria Meagan se hizo fan de f8 (por ejemplo grupo musical), y directamente al lado de su foto aparece la publicidad pertinente, tal y como si ella lo hubiese escrito

A pesar de que un Facebook Ad que enlaza a un Facebook Application o a un Facebook Page, no está en la categoría de “Social Ad”, puede

generar futuros “Social Ads”. Ejemplo: un Facebook Ad que señala: “Únase al perfil de Brad Pitt en *Facebook*”. Al hacer click en ese link, el usuario va directamente al *Facebook* Page del actor. Si el usuario se convierte en “amigo” o “fan” de Brad Pitt, este hecho será comunicado a sus contactos, generando efectivamente un Social Ad.

- **“Viral Ad”**. Viral Ad se refiere a una publicidad que se “auto expande”, sin intervención directa por parte de la empresa que ofrece el producto o servicio. Cada vez que un contacto interactúa con un Social Ad, sus contactos de la red son notificados. Si a otro contacto le interesa la publicidad, va a interactuar con la publicidad y sus contactos también serán notificados, etc. lo mismo sucede cuando el usuario interactúa con un Widget diseñado para publicidad.
- **“Event Ad” Invitación a eventos (Publicidad de Widget/aplicación) + Viral Ad**. “Facebook Events” Una aplicación de Facebook que consiste en que el usuario puede invitar sus contactos/amigos. Por ejemplo, les invita a una fiesta, y a cada contacto que tenga en Facebook le llega la invitación virtual. El contacto puede elegir 3 opciones para responder: “Voy a ir”, “Quizás”, “No voy a ir”. La publicidad consiste en que una empresa, pongamos por ejemplo McDonalds, invita a un determinado evento: “*McDonalds celebra su próximo aniversario el 3 de diciembre, te invitamos*”. Cuando el usuario hace click en una de las 3 opciones que tiene, se despliegan todos los detalles de la publicidad-evento.
- **“Video Ad”**. integrado con la aplicación “Facebook Vídeo”. Es publicidad en formato de vídeo. **(Publicidad de Widget/aplicación)**
- **“Gift Ad”(Publicidad de Widget/aplicación) + Viral Ad**. La aplicación “Regalos” o “Gifts” permite enviar regalos virtuales, por ejemplo un regalo tradicional sería: ‘Andrea te ha enviado un beso!!’ (1 dólar). La publicidad

integrada a la aplicación “Gifts” o “Regalos” consiste en que la compañía ofrezca regalos gratis para regalar a los contactos de un usuario.



“Gift Ad”: “Asuste a sus amigos enviando un Jigsaw gratuitamente. Saw V ahora en cines. No creerás el final!!”

- **“Page Ad”**. Publicidad en “Facebook Pages”. Aparece un rectángulo señalando “Hágase fan de X producto y visite su perfil”
- **“Website Ad”**. Publicidad tradicional. Enlazando directamente a un sitio externo.
- **“House Ad”**. Publicidad de los productos o servicios del propio titular de la red o web site.

13.3.2 Publicidad contextual (Targeted Advertising)

La publicidad contextual es publicidad segmentada al contenido del perfil o sitio Web en el que se está mostrando, o de acuerdo a los intereses del usuario.

Debido a la cantidad de información específica acerca de los usuarios que posee una red, es posible dirigirla con facilidad. El anunciante al momento de contratar con la red, tiene la posibilidad de elegir un número de parámetros que definirán a qué tipo de persona irá dirigida su publicidad. Ejemplos de los parámetros que una

empresa puede elegir para dirigir su publicidad son: edad, nivel de educación, ubicación geográfica, género, intereses, etc.

A través de un algoritmo algunos sistemas de publicidad calculan automáticamente la relevancia de cierta publicidad de acuerdo al contenido del sitio Web / perfil. La empresa interesada en publicitar no elige a quien irá destinada su publicidad, sino que más bien “confía” en el algoritmo. El algoritmo escanea el perfil / sitio Web en busca de palabras y frases clave (keywords), luego elige publicidad relevante para esas keywords y despliega la publicidad. Este tipo de publicidad es común en la publicidad a través de texto.

13.4 Consideraciones legales

Existe un principio general en publicidad y que AUTOCONTROL (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial), nos recuerda en sus resoluciones:

“La publicidad debe ser honesta y veraz”.

Un ejemplo: Cuando se utilizan testimoniales deben ser reales.

1.- Segmentación de la publicidad.

Recordemos lo que la Agencia Española de Protección de Datos determinó:

“Cuando se haya previsto que los datos sean utilizados de forma que los usuarios puedan ser segmentados, a partir de la información personal y comercial que consta en los ficheros, se informará claramente de esta circunstancia al usuario en el momento de recabar sus datos”.

“Asimismo se le concederá la facultad de oponerse a esta modalidad, indicándole el procedimiento que deberá seguir en el caso que decida hacer uso de ella.”

2.- Utilización de marcas comerciales de terceros (por ejemplo en google adwords).

¿Se pueden utilizar las marcas de terceros en la selección de palabras clave para que nuestra marca salga destacada en la página de resultados?

- *Infracción de los derechos de propiedad industrial:*

Puede parecer tan sencillo como incluir la marca de un competidor en las palabras clave, y por lo tanto los resultados de búsqueda de sus potenciales clientes los dirigi a mi sitio web.

Esto puede dar lugar a una infracción de los derechos de propiedad industrial del titular de la marca, ya que se trataría de un acto de competencia desleal.

Casos:

a) La utilización de metanames:

Introduciendo marcas de terceros en el código fuente de nuestro web site, para obtener resultados preferentes en los resultados de búsquedas de potenciales clientes.

b) Los enlaces patrocinados en motores de búsqueda:

Es el caso de un usuario que realiza una búsqueda de una marca concreta y se le muestra en las páginas de resultado a un tercer anunciante. Se produce porque éste ha seleccionado como palabras clave las marcas de un competidor.

Ante esta forma de publicidad se han iniciado numerosos procesos judiciales.

3.- Publicidad editorial. “Contextual Commerce”.

Se trata de identificar un web site o un canal de un web que es afín al público objetivo de la compañía, una vez identificado, celebran entre ambos un acuerdo de patrocinio, en el que el patrocinador suministrará contenidos de interés para los usuarios de esas páginas, y donde la marca del patrocinador será más o menos evidente.

La marca transmite más credibilidad en un contenido editorial, pero se corre un alto riesgo en el momento que los usuarios no sepan distinguir contenidos objetivos de publicitarios.

En cierta medida nos encontramos con algo parecido en grandes medios de comunicación off-line, cuando los contenidos “publicitarios” de las filiales del grupo son presentados como información.

Este tipo de publicidad todavía no está lo suficientemente regulada aunque distintos códigos de conducta, como el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (“Confianza Online”) aluden a él como una práctica a evitar.

4.- Publicidad en foros y blogs. “Foro marketing”.

“Pagar a terceros por prescribir productos y servicios”.

En un principio y sin entrar en valoraciones legales, parece que estamos ante un uso perverso del medio; además de que este tipo de publicidad puede volverse incluso contra la propia marca.

Desde el punto de vista legal y dependiendo de como se desarrolla el foro, bien podría tratarse de publicidad desleal, ilícita e incluso engañosa.

Desde un punto de vista literal, el art. 20 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) *“establece que las comunicaciones comerciales por vía electrónica deberán identificarse como tal, y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de quien se realizan. En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico “u*

otro medio de comunicación electrónica” equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra publicidad”.

El Anexo F de la LSSI define qué se entiende por comunicación comercial:

“toda forma de comunicación dirigida a la promoción directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

A efectos de esta Ley no tendrán la consideración de comunicación comercial, las relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

Recomendaciones

- a) No utilizar marcas de terceros como palabras clave o en el código fuente del sitio web.
- b) Ser veraz en el mensaje publicitario.
- c) El sitio web al que direcciona el anuncio deberá cumplir con las condiciones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 2002.
- d) Si se captan datos personales se deberá informar de la finalidad de la captación y cumplir con los requisitos de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de 1999.
- e) Cuando el usuario es menor de 14 años es necesario el consentimiento expreso de los padres, tutores o representante legal. Hay que tener especial cuidado con la segmentación de los datos de los menores, ya que la Ley Orgánica de Protección de Datos establece que nunca se podrán captar más datos que los estrictamente necesarios. Lógicamente, siguiendo la conducta de un menor en el web site se puede generar un perfil tan detallado del mismo que ni la propia familia podría llegar a sospechar.
- f) Si la publicidad trata un producto financiero, (financiación del vehículo, por ejemplo) habrá que presentar esa publicidad interactiva para su aprobación por el banco de España, para la obtención del Registro del Banco de España.

Además, Si la publicidad es considerada de carácter local o autonómico habrá que tener también en cuenta sus disposiciones normativas referentes a publicidad.

Resumen:

- *Las opciones de marketing y publicidad que se presentan en el entorno 2.0, son muy amplias y variadas. Las redes sociales, por ejemplo, tratan una gran cantidad de aplicaciones que resultan atractivas para el usuario, y que por la gran cantidad de información personal que se gestiona, tienen un alto grado de precisión en relación con las preferencias del usuario.*
- *La Agencia Española de Protección de Datos ha señalado respecto de la publicidad segmentada que, cuando se haya previsto que los datos sean utilizados de forma que los usuarios puedan ser segmentados, a partir de la información personal y comercial que consta en los ficheros, se informará claramente de esta circunstancia al usuario en el momento de recabar sus datos. Como ya se ha señalado antes, la recabación de datos de menores de 14 años debe ser autorizada por su representante legal.*
- *El anunciante debe posibilitar que el usuario siempre identifique claramente el mensaje publicitario como tal, respecto de otros contenidos que no lo sean. Por ello no es recomendable realizar publicidad en foros o blogs a través de terceros que se hagan pasar por usuarios, a efectos de promocionar una marca determinada.*
- *Debe prestarse especial atención en utilizar marcas de terceros como palabra clave, o en el código fuente de la página.*
- *El sitio web al que direcciona el anuncio deberá cumplir con las condiciones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 2002.*
- *Además la publicidad deberá conformarse con las normas autonómicas, si proceden.*

14. Las comunicaciones comerciales por medios electrónicos

Las comunicaciones comerciales que se realicen por vía electrónica están reguladas por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI). En virtud de sus artículos 19 y siguientes, los principios básicos de la materia son los siguientes:

- Además de la LSSI, se aplicará la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.
- Las normas pertinentes se aplicarán a las comunicaciones comerciales enviadas por correo electrónico o por medio electrónico equivalente.
- Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable. Por lo tanto, en el mensaje debe constar la palabra “Publicidad” o “Publi”.
- Sólo se podrán enviar comunicaciones comerciales por correo electrónico o medio análogo, si es que el usuario expresamente lo ha solicitado, o lo ha autorizado expresamente, salvo en el caso que existiere una relación contractual previa con el cliente, y para el solo efecto de enviarle comunicación comercial respecto de productos similares a los que se hayan contratado previamente.

En la misma cláusula relativa a protección de datos personales, se expondrá como una de las finalidades para efectos de recabar esos datos, el envío de comunicaciones comerciales, debiendo insertarse una casilla en blanco que permita al usuario aceptar expresamente el envío (salvo si existe relación contractual previa).

- El usuario debe tener siempre la posibilidad de darse de baja del servicio de envío de comunicaciones comerciales electrónicas.

14.1 El envío de invitaciones a participar en la red a través de usuarios registrados y la Resolución 00139/2008, de la Agencia Española de Protección de Datos

El envío de invitaciones para participar en la comunidad, o el envío de comunicaciones comerciales, a través de usuarios ya registrados es una práctica habitual y aceptada en las redes sociales. Por regla general, el usuario inserta el correo electrónico de alguno de sus contactos, y automáticamente se genera un mail, cuyo remitente es el web site.

La Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de la potestad que la misma LSSI reconoce, controla exhaustivamente el envío de comunicaciones comerciales y SPAM. En la resolución de referencia, se expresa que las invitaciones a través de usuarios, pero cuyo remitente es la propia web, es spam; específicamente sería una acción de marketing viral por cuanto se considera que existe una acción de promoción del sitio, y que está siendo enviado a personas que no han requerido o aceptado expresamente el envío de comunicaciones comerciales. Aunque las razones de la Agencia son del todo lógicas, es evidente que hace falta una interpretación de la ley que se conforme mejor con las aplicaciones y formas de promoción que hoy en día surgen en el medio electrónico. Siendo el marketing viral un elemento fundamental del desarrollo en internet, a nuestro juicio nos parece excesivo el sancionar funcionalidades del tipo “reenvío a un amigo”.

14.2 La importación de correos electrónicos

Otra práctica habitual dentro de las redes sociales radica en la importación de correos electrónicos. Al igual que el caso anterior, esta técnica se utiliza para hacer invitaciones a los contactos del correo electrónico del usuario, con el objeto de que conozcan y se registren en la red social.

A diferencia del ingreso simple del correo electrónico del contacto por parte de un usuario, el sistema permite entrar desde la red social, hacia el e-mail propio, desplegándose enseguida la lista de todas las direcciones guardadas. Por regla general éstas aparecen marcadas por defecto, de modo tal que con un solo click, la invitación y promoción del web site, puede llegar eventualmente a toda la agenda de contactos del usuario.

La importación de correos presenta un doble problema:

- Al igual que en el caso anterior, en el cual el correo es enviado desde el servidor de la red social, se concreta una acción de marketing viral, y en definitiva envío de publicidad sin ser expresamente solicitada o autorizada. Por lo tanto, tiene plena aplicación la resolución de la Agencia de Protección de Datos, antes citada.
- Los principales proveedores de correo electrónico, no permiten la intromisión de servicios automatizados para efectos de recopilación de información:

Gmail

*“Derechos de propiedad intelectual: Usted reconoce que Google posee todo el derecho, título e interés en y para el Servicio (...) Por lo tanto usted acepta que no copiará, reproducirá, alterará, modificará o creará trabajos derivados del servicio. Usted también acepta que **no usará ningún robot, araña u otro servicio automatizado, o proceso manual para monitorear o copiar cualquier contenido del Servicio...**”*

Yahoo! Mail

*“Usted acepta no modificar el Software de ninguna manera o forma, ni tampoco utilizará versiones modificadas del software, incluyendo (pero no limitando) hacerlo con el propósito de obtener acceso sin autorización al servicio. **Usted acepta no acceder al Servicio de ninguna otra forma que a través de la interfaz que provee Yahoo! para acceder al Servicio**”*

Hotmail

*“4.- Cómo Usted **NO** puede usar el Servicio*

(...)

-Usando algún proceso automatizado o servicio para acceder y/o usar el servicio (Como un BOT, araña, meta-búsqueda o recopilación periódica de información guardada por Microsoft).

Por lo tanto, eventualmente se podría presentar un conflicto entre la red social y el prestador de correos electrónicos. La Importación de correos es una práctica habitual y

aceptada; sin perjuicio de ello, las condiciones de uso recién vistas siguen prohibiendo este tipo de acciones.

Por otra parte, debe señalarse como una de las obligaciones del usuario, la prohibición de utilizar cualquier aplicación que ofrezca la red, como plataforma para el envío de publicidad o spam. En este sentido, y como una herramienta más para combatir este tipo de actuaciones, resulta útil que el mismo usuario denuncie a través de un canal especialmente habilitado para tales efectos, aquéllos mensajes que tengan estas características.

Resumen:

- ***Sólo se podrán enviar comunicaciones comerciales por correo electrónico o medio análogo, si es que el usuario expresamente lo ha solicitado, o lo ha autorizado expresamente, salvo en el caso que existiere una relación contractual previa con el cliente.***
- ***Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, por lo tanto, en el mensaje debe constar la palabra "Publicidad" o "Publi".***
- ***En la misma cláusula relativa a protección de datos personales, se expondrá como una de las finalidades para efectos de recabar esos datos, el envío de comunicaciones comerciales, debiendo insertarse una casilla en blanco que permita al usuario aceptar expresamente el envío (salvo si existe relación contractual previa).***
- ***El usuario debe tener siempre la posibilidad de darse de baja.***
- ***El envío de invitaciones a participar en la red, a través de otros usuarios registrados, pero desde el servidor del proveedor está considerado como Spam por parte de la Agencia Española de Protección de Datos. Igual criterio se aplicaría a la importación de correos electrónicos.***

15. Limitación de responsabilidades y reserva de derechos

La **limitación de responsabilidad** en el caso de las redes sociales, debe fundamentarse en ciertos ejes esenciales:

- Fallos del servicio: la red social debe exonerarse de responsabilidad por todas aquellas causas que deriven en perjuicios respecto a la forma en cómo se otorga el servicio, desde el punto de vista técnico. Dentro de estas causas, se encuentran los fallos fortuitos que puedan producir la interrupción del servicio o una operatividad incompleta; la intromisión de terceros que puedan hackear la página o sobrecargarla; virus que causen daños tanto a perfiles, como a contenidos, etc.;
- Utilización incorrecta o in consentida de nombres de usuarios y claves de acceso: en este sentido debe constar claramente que el usuario es el único responsable de su nombre de usuario y contraseña, además de mantener actualizados sus datos.
- Contenidos aportados por los usuarios: sobre todo en el ámbito de propiedad intelectual e industrial, cesión de derechos de imagen y protección de datos.
- Borrado accidental de contenidos: podría suceder que por causas fortuitas o ajenas a los encargados de la red, se produzca el borrado accidental de contenidos que los usuarios hayan subido a la red. En este sentido, la limitación de responsabilidad debe enfocarse, por una parte, a que la red no se hace responsable en el caso de que este evento suceda; y por otra, que la red no se compromete a reponer dichos contenidos, dada las dificultades técnicas y/o económicas que aquello implica. Por todo lo anterior, debe recordársele al usuario que realice sus propias copias de seguridad.
- Conflictos entre usuarios: en virtud de la interacción que se produce entre usuarios, es necesario que los conflictos privados por injurias, calumnias, utilización de imagen, o cualesquiera otros, se aparten de la órbita de responsabilidades que eventualmente pueda tener la red social. No obstante lo anterior, determinadas redes ofrecen un sistema de mediación para solucionar conflictos entre usuarios.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la limitación de la responsabilidad también tiene sus límites. El **“conocimiento” y el “control”** que los encargados de la red puedan tener respecto de alguna situación anómala, perjudicial o ilegal, les obliga a actuar, de

manera tal que no puede sustraerse completamente respecto a lo que suceda en la comunidad social. Así, por ejemplo, si se han publicado fotografías comprometedoras con menores de edad; o si hay una notoria infracción a derechos de propiedad intelectual de algún autor, una vez que los encargados hayan tomado conocimiento de ello, están en situación de controlarlo, y por lo tanto deben retirar aquéllos contenidos y amonestar al usuario infractor.

Además son completamente aplicables las normas relativas a responsabilidad extracontractual del Código Civil.

La reserva de derecho, se referirá a todos aquéllos casos en los cuales el encargado de la red puede actuar sin expresar fundamento ni causa de ninguna especie:

- **Modificaciones en las condiciones generales del servicio:** los responsables de la red social pueden modificar tanto las condiciones del servicio como los términos de uso o aviso legal del web site. Será importante que aquellos cambios se notifiquen a los usuarios, por ejemplo a través de un aviso en un lugar visible.
- **Cancelar el registro de un usuario:** la cancelación del registro será útil para mantener un control en relación, sobre todo, con situaciones que pueden resultar ilegales. Los motivos pueden ser variados, por ejemplo, sospechas de que se está utilizando la identidad de otra persona; transgredir la propiedad intelectual o industrial de contenidos; no cumplir con el código de conducta; envío de publicidad, etc.
- **No publicar determinados contenidos**
- **Retirar contenidos de la red:** la retirada de contenidos también apunta a evitar eventuales responsabilidades por las infracciones que los usuarios puedan cometer. Así por ejemplo, todos los contenidos que violen derechos de propiedad intelectual e industrial; aquéllos que violen derechos de imagen de un tercero; comentarios en foros o blogs que resulten injuriosos para personas jurídicas, etc.

- **Eliminar parte del contenido almacenado:** por razones técnicas, la red se puede reservar el derecho de ir eliminado determinado contenido cada cierto período de tiempo.

Resumen:

- La limitación de responsabilidad y la reserva de derechos se constituyen como cláusulas útiles en cuanto delimitan precisamente el ámbito de responsabilidad y de actuación de los proveedores.

- La exclusión total de responsabilidad no es posible, ya que aún cuando se haya hecho una relación exhaustiva de casos, siempre podrán aplicarse las normas de responsabilidad del código civil; además de que incluso determinados deslindes de responsabilidad se puedan considerar y declarar abusivos.

- El “conocimiento” y el “Control” son dos conceptos fundamentales en cuanto a la responsabilidad del proveedor. Cada vez que se tenga conocimiento de una situación ilícita y anómala, el proveedor tiene el deber de actuar de forma rápida, para evitar causar más perjuicios, y de esta aminorar la responsabilidad en que puede incurrir.

16. Conclusiones

La tecnología actual permite que los usuarios de Internet tengan el mayor grado de participación alcanzado desde la existencia de la red; las grandes y pequeñas compañías conocen el potencial que esto representa, y de ahí el sumo interés por aventurarse con recursos cada vez más novedosos con el fin de llegar a los usuarios.

Como se ha podido apreciar, los aspectos legales de los entornos web 2.0 son numerosos, y por eso, deben ser regulados. La inmediatez y la facilidad de expansión y distribución de la información, pone en la balanza algunos aspectos que últimamente han suscitado gran interés. Hablamos especialmente de la protección de datos personales, de la propiedad intelectual e industrial y de las acciones de marketing en esos entornos.

En lo que respecta a la propiedad intelectual e industrial, las redes sociales ponen en evidencia la gran facilidad con que actualmente los usuarios son capaces de crear contenidos susceptibles de protección. El acceso cada vez mayor a las tecnologías permite que ya no exista monopolio en la creación ni necesidad de mecenas que financien esa creación. Por otra parte, surge el espacio proporcionado por Internet, que posibilita que los usuarios puedan subir sus contenidos y compartirlos.

Precisamente esa posibilidad de acceso al espacio virtual también determina que esos mismos usuarios incorporen contenidos de terceros con total facilidad.

De todo ello surge la importancia de regular este tema a través de una cláusula de propiedad intelectual, que por una parte comprenda la cesión de derechos de explotación para efectos de que los proveedores puedan reproducir y comunicar públicamente estos contenidos; así como la limitación de responsabilidad en torno a eventuales infracciones a los derechos de terceros.

En lo que respecta a las acciones de marketing y publicidad en entornos web 2.0 las posibilidades que ofrece la segmentación que se alcanza a través los perfiles de usuarios, permite que los anunciantes lleguen a su público objetivo con gran facilidad y de forma más efectiva. Del lado del usuario se agradecerá que le comuniquen productos y servicios de su interés por medio de marcas que le generen confianza.

Quizás unos de los temas más delicados sea el de la protección de datos personales. La distribución casi exponencial que puede hacerse de los datos de una persona, unida a la inocencia que existe por parte de muchos usuarios de proporcionar sus datos indiscriminadamente en la red, ha convertido a las redes sociales en punto de mira para las autoridades pertinentes.

La 30 Conferencia de privacidad de Estrasburgo, en consecuencia con la preocupación que este tema ha generado, otorga una serie de recomendaciones para usuarios y proveedores. Las más importantes son:

- **Información sobre usuarios.** Los proveedores de servicios de redes sociales deberán informar, de forma transparente y abierta, a sus usuarios sobre el tratamiento de sus datos de carácter personal. Deberá proporcionarse información fácil e inteligible sobre las posibles consecuencias de publicar datos de carácter personal en un perfil, así como acerca de los riesgos de seguridad y el posible acceso legal por parte de terceros. Dicha información también deberá incluir asesoramiento sobre la manera en que los usuarios deben gestionar la información privada de otras personas incluidas en sus perfiles.
- **Control de usuarios.** Los proveedores deberán seguir mejorando el control de los usuarios sobre la utilización que hacen los miembros de la comunidad de los datos contenidos en los perfiles. Deberán permitir una restricción en la visibilidad completa de los perfiles, así como de los datos contenidos en los mismos y en las funciones de búsqueda de las comunidades.
- **Seguridad.** Los proveedores deberán continuar mejorando y conservando la seguridad de sus sistemas de información y proteger a los usuarios de accesos fraudulentos a sus perfiles, utilizando para ello las mejores prácticas reconocidas en la planificación, desarrollo y ejecución de sus aplicaciones, incluidas auditorías y certificaciones independientes.
- **Eliminación de perfiles de usuario.** Los proveedores también deberán permitir que los usuarios cancelen su pertenencia a una red, eliminen su perfil y todo contenido o información que hayan publicado en la red social de una manera sencilla.
- **Uso del servicio bajo un seudónimo.** Los proveedores deberán permitir la creación y utilización de perfiles seudónimos de forma opcional, y fomentar el uso de dicha opción.
- **Acceso de terceros.** Los proveedores deberán tomar medidas eficaces para impedir las descargas en masa de datos de perfil por parte de terceros.
- **Indexabilidad por buscadores de perfiles de usuario.** Los proveedores deberán garantizar que los datos de usuarios sólo pueden explorarse en buscadores externos cuando un usuario haya dado su consentimiento explícito, previo e

informado a tal efecto. La no indexabilidad de los perfiles por parte de motores de búsqueda debería ser una opción por defecto.

Además, en el estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales on line, se recomienda a la industria, entre otros, lo siguiente⁴:

- Transparencia y facilidad de acceso a la información;
- Garantizar a los usuarios el control absoluto del tratamiento de sus datos e información publicada en la red;
- Garantizar la seguridad tecnológica de la plataforma.

Por otra parte, a través de este estudio, se ha tenido oportunidad de tratar, entre otros, temas relativos a la capacidad legal para actuar en la red (mayores de 14 años, de acuerdo a la ley de protección de datos); también se han tratado las obligaciones que desde el punto de vista de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información tienen los proveedores, especialmente las obligaciones que competen a los proveedores como prestadores de servicio de la sociedad de la información –artículo 10 de la ley- y las obligaciones que derivan de la regulación de las comunicaciones comerciales por vía electrónica –envío que debe ser solicitado o consentido por el usuario de forma expresa, a menos que exista una relación contractual previa-.

Además, el derecho de imagen personal, protegido doblemente por la ley de protección de datos personales así como por la ley orgánica 1/1982, ha sido especialmente estudiado por la importancia que representan sobre todo las fotografías, en las redes sociales.

Todos los temas tratados en este informe encuentran, de manera acertada o no, su desarrollo en la ley y en la interpretación que de ella hacen los tribunales y otras autoridades pertinentes.

Sin embargo, en este como en muchos otros temas, los cambios sociales y tecnológicos van por delante del legislador, cuestión que en ningún caso puede justificar el incumplimiento

⁴ www.agpd.es / www.inteco.es

de las normas vigentes, pero sí que los actores sociales promuevan cambios que a la vez que sean equilibrados con los derechos de los usuarios, sean acordes al medio en donde se desarrollan los entornos web 2.0: Internet. Y es que al paso con el que se avanza, pronto estaremos inmersos en la denominada “Web 3.0” o “Web Semántica”, que permitirá a los usuarios encontrar de forma directa y sencilla, la información y la respuesta que buscan, gracias al software que ordenará y deducirá de forma lógica sus preferencias. Es evidente entonces que en este perfeccionamiento que Internet está comenzando a experimentar, los perfiles, preferencias y gustos de quienes navegan adquirirán mayor trascendencia que la actual, y por lo tanto toda la información que en este mismo instante se está vertiendo en la web, cobrará una importancia vital para la nueva red.

Es una incógnita de qué manera regularán las normas el imparable avance de internet. Sin embargo, por la experiencia, se sabe que de una u otra forma, el derecho se irá ajustando a las nuevas necesidades, sin olvidar que determinados derechos no pueden ceder, incluso ante las más avanzadas tecnologías. Después de todo, a la sociedad le ha costado trabajo conquistar el reconocimiento al honor o la intimidad; o la protección a los menores de edad. No sería prudente desproteger estos y otros tantos derechos. Por lo tanto a la necesidad que se genere a partir de los avances y los cambios debe reaccionarse con respuestas equilibradas que permitan un desarrollo inteligente, y que no permitan retroceder en ningún sentido, sino sólo prosperar. El entorno web 2.0 es una oportunidad para todos, ya sea para las empresas (en especial las Pymes, ya que les facilitará el crecimiento), como para los usuarios que comparten conocimiento y entretenimiento. Esperemos que los legisladores tomen en cuenta a ambos.

© Abril 2009 Riestra Abogados. Elizabeth Troncoso Álvarez. Eduardo Riestra Herrera. Alejandro García del Valle Méndez.