

¿UTILIZA FACEBOOK NUESTROS DATOS PERSONALES CON FINES DESLEALES?

Lourdes García Montoro
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 7 de marzo de 2016

Son pocas las redes sociales que en la actualidad pueden superar a Facebook en número de usuarios, si es que existe alguna. Es indudable que Facebook disfruta de una posición privilegiada en el mercado de los proveedores de servicios de internet, en este caso por lo que respecta a las redes sociales, y probablemente sea destinatario de innumerables ofertas de empresas que desean incluir publicidad en su página.

Cualquier usuario ordinario de Facebook se habrá percatado de que en los márgenes de su página de novedades y perfil de usuario curiosamente siempre aparecen anuncios de su interés: ofertas de viajes, tiendas de ropa, entradas de cine, planes en tu ciudad, libros, cursos y un largo etcétera que prolonga la lista en función de los variados intereses del usuario.

¿Cómo puede ser que Facebook siempre acierte mostrándome cosas que quiero comprar? Aunque pueda parecer curioso, existe una explicación lógica: es posible que Facebook esté usando sus datos personales para crear un perfil de usuario al que las empresas de publicidad clientes de la red social puedan dirigir sus campañas.

¿Que usted no ha autorizado el uso de sus datos con esta finalidad? Lamentablemente, para registrarse como usuario en Facebook¹ es imprescindible que el interesado acepte la política de datos y condiciones de uso² de la red social; asique si tiene un perfil en Facebook habrá aceptado dichas condiciones en el momento de registrarse.

Sin embargo, esta práctica es cuestionable desde una perspectiva dual: protección de datos y competencia desleal.

¹ Antes de poder finalizar el proceso de registro, Facebook obliga al futuro usuario a aceptar las condiciones de uso a través de la confirmación de lectura de la siguiente advertencia: Al hacer click en “Terminado”, aceptas las Condiciones y confirmas que has leído nuestra Política de datos, incluido el Uso de cookies; <https://es-es.facebook.com/>

² Política de datos y condiciones de uso de Facebook disponibles en <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

La autoridad alemana de control de la competencia (Bundeskartellamt) se ha percatado de esta situación y ha iniciado una investigación contra Facebook Inc., con sede en Estados Unidos, y sus filiales irlandesa y germana³. El objetivo de la autoridad alemana es averiguar si existe relación entre la posición dominante que Facebook ostenta en el mercado y el uso que realiza de los datos personales de sus usuarios, reconociendo que una eventual vulneración de la normativa de protección de datos⁴ no implicaría de por sí una actuación susceptible de calificarse como competencia desleal.

1. ¿Qué datos estoy facilitando a Facebook al crear mi perfil de usuario y cuál es el uso que la red social hará de los mismos?

Según se recoge en la política de datos de Facebook⁵, a la que se puede acceder desde la página principal de Facebook⁶, y desde ahí a través del enlace “política de datos” que aparece en letra considerablemente más pequeña que el resto del texto, justo antes del botón “Terminado” del proceso de registro, se indica que el tipo de información recogida por Facebook es aquella referida a:

- Tu actividad y la información que proporcionas.
- Las acciones de otros usuarios y la información que proporcionan.
- Tus redes y conexiones.
- Información sobre pagos.
- Información sobre el dispositivo.
- Información de sitios web y aplicaciones que utilizan nuestros servicios.

³ Nota de prensa completa disponible en http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html

⁴ En Alemania, el Bundesdatenschutzgesetz, https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/

⁵ <https://es-es.facebook.com/about/privacy/>

⁶ <https://es-es.facebook.com/>

- Información de socios externos.
- Empresas de Facebook.

Dicha información es utilizada por Facebook para *“proporcionar, mejorar y desarrollar los servicios, comunicarnos contigo, mostrar y medir anuncios y servicios, fomentar la seguridad y protección.”*

Prestaremos aquí atención a la forma en que afecta la prestación del consentimiento para la cesión de nuestros datos a la actividad publicitaria en Facebook. En cuanto a la finalidad de *“mostrar y medir anuncios y servicios”* de Facebook, según su política de datos se refiere a que *“Utilizamos la información de la que disponemos para mejorar nuestros sistemas de publicidad y medición con el fin de mostrarte anuncios relevantes, tanto en nuestros Servicios como fuera de ellos, y medir la eficacia y el alcance de los anuncios y servicios. Obtén más información sobre cómo anunciarte en nuestros Servicios y cómo controlar el modo en que se usa tu información para personalizar los anuncios que ves.”*

Para *“controlar el modo en que se usa tu información”* es necesario dirigirse a otra página web⁷ en la que encontramos la respuesta a la pregunta clave *“¿cómo decide Facebook los anuncios que me muestra y cómo puedo controlar los que veo?”*, a lo que se responde de la siguiente forma:

“Para decidir qué anuncios te mostramos, utilizamos:

- *La información que compartes en Facebook (por ejemplo, páginas que te gustan).*
- *Otra información sobre ti de tu cuenta de Facebook (por ejemplo, tu edad, el sexo, tu ubicación, los dispositivos que usas para acceder a Facebook).*
- *Información que tienen los anunciantes y nuestros socios de marketing, como tu dirección de correo electrónico, y que comparten con nosotros.*
- *Tu actividad en sitios web y aplicaciones fuera de Facebook.”*

Muchos se preguntarán en qué momento dieron su consentimiento para que Facebook pudiera usar no sólo su nombre sino toda la información que publica y comparte en

⁷ <https://es-es.facebook.com/about/ads/#568137493302217>

Facebook, controlar el sitio en el que se encuentra, desde qué dispositivo accede a la red social e incluso su actividad fuera Facebook.

Si acudimos de nuevo a los términos legales de uso de Facebook⁸, descubrimos que en su cláusula 9 se recoge que *“Nuestro objetivo es ofrecer anuncios y otro contenido comercial o patrocinado que sea valioso para nuestros usuarios y anunciantes. Para ayudarnos a lograrlo, aceptas lo siguiente: 1. Nos concedes permiso para usar tu nombre, foto del perfil, contenido e información en relación con contenido comercial, patrocinado o relacionado (como una marca que te guste) que sirvamos o mejoremos. Esto significa, por ejemplo, que permites que una empresa u otra entidad nos pague por mostrar tu nombre y/o foto del perfil con tu contenido o información sin que recibas ninguna compensación por ello. Si has seleccionado un público específico para tu contenido o información, respetaremos tu elección cuando lo usemos. 2. No proporcionamos tu contenido o información a anunciantes sin tu consentimiento. 3. Entiendes que es posible que no siempre identifiquemos las comunicaciones y los servicios pagados como tales.”*

Sorprende que el contenido de la cláusula 9.2 informe al usuario de que ninguna de estas actuaciones se llevará a cabo sin su consentimiento, cuando la simple creación de un perfil de usuario va asociada a la aceptación de dichas condiciones, con lo que el consentimiento se entiende concedido de forma implícita al crear el perfil.

Si la comprensión de los términos legales y la política de protección de datos ya resulta complicada, el siguiente paso, si no desea recibir comunicaciones publicitarias o limitar el uso que la red social hace de sus datos personales con fines comerciales, es acceder a la “configuración de anuncios”, para lo cual es imprescindible que ya haya creado su perfil personal⁹.

En el caso español, el artículo 6 de la LOPD requiere que el afectado preste su consentimiento inequívoco para el tratamiento de sus datos de carácter personal. El hecho de que el usuario pueda registrarse simplemente introduciendo sus datos personales y haciendo click en el botón “Terminar” no puede implicar que conozca las condiciones legales de uso, a cuya lectura se accede a través de otra web, y que las acepte de forma inequívoca.

¿Qué usuario será capaz de leer y comprender la política de protección de datos y a la vez configurar su cuenta para controlar el uso que la red social hace de ellos?

⁸ <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

⁹ <https://www.facebook.com/login.php?next=https%3A%2F%2Fes-es.facebook.com%2Fsettings%3Ftab%3Dads>

Probablemente la proporción sea muy baja y el riesgo de vulneración de las leyes nacionales de protección de datos será un bajo precio a pagar en relación con los beneficios obtenidos de la actividad publicitaria llevada a cabo en la red social gracias a la cesión de datos personales de sus usuarios a terceros.

2. Datos que traspasan fronteras...

Pero el tratamiento que Facebook realiza de nuestros datos personales no se limita a su cesión a empresas de venta de bienes o prestación de servicios, sino que también las autoridades de Estados Unidos nos tienen controlados. Efectivamente, la cláusula 16 de los términos legales¹⁰ de Facebook recoge una serie de disposiciones especiales aplicables a usuarios que no residan en Estados Unidos, según lo cual *“das tu consentimiento para que tus datos personales sean transferidos y procesados en Estados Unidos.”*

¿Existe un nivel de protección adecuado de los datos de carácter personal en Estados Unidos? Por desgracia, no es uno de los países considerados como tal por la Agencia Española de Protección de Datos¹¹, ni tampoco parece que la transferencia de datos realizada por Facebook pueda encuadrarse en alguna de las excepciones previstas en el artículo 34 de la LOPD.

A este respecto, desempeña un papel nada desdeñable el “consentimiento inequívoco” del usuario para la transmisión de sus datos, recogido en el artículo 34 e) LOPD como excepción a la prohibición genérica del artículo 33 a la transmisión internacional de datos personales a países con un nivel de protección no equiparable al garantizado por la LOPD. La AEPD considera¹² que *“se deberá tener en cuenta que para que dicho consentimiento tenga la consideración de inequívoco [...] será obligatorio que en la solicitud del mismo conste, además del destinatario de la transferencia, el país de destino, así como, la finalidad específica y determinada para la que se transfieren los datos de carácter personal”*.

No parece que el usuario de Facebook que, al crear su perfil, acepta las condiciones legales de uso de la red social haciendo click en el botón “Terminar”, sin que pueda comprobarse si realmente conoce su extensión, haya prestado su consentimiento de

¹⁰ <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

¹¹ <https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/infoSede/detallePreguntaFAQ.jsf;jsessionid=31346CCC57BE5B71C2279788D8DB99DE?idPregunta=896>

¹² <https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/infoSede/detallePreguntaFAQ.jsf;jsessionid=31346CCC57BE5B71C2279788D8DB99DE?idPregunta=896>

forma inequívoca ni para la transmisión internacional de sus datos ni para la cesión de los mismos con fines comerciales. En particular, por lo que a la transmisión internacional de datos respecta, aun en el improbable caso de que pudiera considerarse prestado el consentimiento de manera inequívoca, no se recoge en las condiciones legales de uso cuál es la finalidad de dicha transmisión de datos a Estados Unidos, por lo que se trataría en todo caso de una conducta que vulneraría la ley española de protección de datos de carácter personal.

3. Uso ilegítimo de datos personales con fines de competencia desleal

Puede ser que Facebook haya alcanzado su posición dominante en el mercado por mérito propio, pero no puede permitirse que mantenga dicha posición mediante la utilización de prácticas de competencia desleal. Y esto es lo que se propone la oficina de defensa de la competencia alemana (Bundeskartellamt) con el inicio de la investigación que, lejos de centrarse en la actividad realizada en su propio territorio y en las posibles vulneraciones de la Ley alemana de competencia desleal¹³, deberá examinar la influencia que la actuación de Facebook tiene sobre el mercado único.

En particular, tendrá que atender al contenido del artículo 102 TFUE, que prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, pudiendo solicitar a la Comisión Europea, en caso de constatarse un comportamiento contrario a esta norma por parte de Facebook, que tome medidas al respecto y abra la correspondiente investigación a nivel europeo, lo que de por sí podría hacer la propia Comisión de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105.1 TFUE.

4. El futuro de la protección de datos a nivel europeo le pone las cosas complicadas a Facebook

En la actualidad, el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos en la Unión Europea deberá atenerse a lo dispuesto en las aún vigentes Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE, pero el futuro de la protección de datos de los ciudadanos europeos está a punto de cambiar con la futura entrada en vigor del Reglamento general de protección de datos¹⁴, cuyo proyecto ya ha sido confirmado por las autoridades implicadas¹⁵.

¹³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>

¹⁴ PÉREZ GUTIÉRREZ, D., “El nuevo Reglamento europeo de protección de datos y su impacto sobre los consumidores”, CESCO, Enero 2016; <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/35/34.pdf>

En particular, y por lo que aquí interesa, el futuro Reglamento recogería como derecho del interesado el derecho a oponerse incluso al uso de datos personales a efectos de establecimiento de perfiles, lo que podría afectar notablemente al negocio publicitario que Facebook tiene montado con la creación de perfiles de sus usuarios con fines comerciales.

¹⁵ <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/data-protection-reform/data-protection-regulation/>