

## LA PRESENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LAS REDES SOCIALES: ENTRE LA ILEGALIDAD Y LA DISFUNCIONALIDAD

**Jorge Hurtado Mullor**

*Técnico de la Administración General de la Generalitat Valenciana*

**Joaquín José Marco Marco**

*Doctor en Derecho. Profesor Universidad CEU Cardenal Herrera*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Francisco MONTERDE FERRER, don José Luis MARTÍNEZ MORALES, don José Manuel PALAU NAVARRO, doña Remedio SÁNCHEZ FERRIZ y don Ricardo DE VICENTE DOMINGO.

---

### EXTRACTO

Año tras año se incrementa el número de personas que se registran en las redes sociales, lo que ha motivado que las Administraciones públicas hayan querido tener presencia en las mismas, argumentando que la Administración debe estar donde se encuentra el administrado. Sin embargo, consideramos que, aunque la finalidad de la Administración sea loable –pues persigue difuminar la distancia con el administrado, minimizando los factores tiempo y espacio–, su presencia en las redes sociales no ha sido suficientemente meditada. Así, por un lado, consideramos que, al registrarse en estas plataformas *on-line* –lo que, en realidad, supone contratar con las empresas que las detentan–, la Administración pública puede estar incumpliendo la normativa vigente en materia de contratación administrativa al no percibir que se trate de contratos onerosos, posición que se mantiene en este trabajo. Por otra parte, tampoco consideramos que sea el espacio ideal para ofrecer determinados servicios al ciudadano, pudiendo estar quebrantando los principios de igualdad y objetividad o, incluso, pudiendo contribuir involuntariamente a una utilización inadecuada de los datos personales de los administrados.

**Palabras claves:** Administración pública, redes sociales e ilegalidad.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013*

## THE PRESENCE OF PUBLIC ADMINISTRATION IN SOCIAL NETWORK: BETWEEN ILLEGALITY AND DYSFUNCTIONALITY

Jorge Hurtado Mullor

Joaquín José Marco Marco

---

### ABSTRACT

Every year the number of people checking in social networks increases, which has prompted the Public Administration to want to have a presence in them, arguing that the administration should be where the administered is. However, we believe that although the purpose of the Authority is laudable, their presence on social networks has not been sufficiently thought out. So, we consider when registering at these online platforms -what actually involves contracting with companies that hold them-, the Public Administration may be breaking the rules about administrative contract to not perceive that case of onerous contracts, a position that we defend in this work. Moreover, we don't consider them ideal to provide certain services to the citizen, because may be breaking the principles of equality and objectivity or, even, being able to contribute to inappropriate use of personal data.

**Keywords:** public Administration, social networks, illegality and dysfunctionality.

---

---

## Sumario

1. Introducción. La Administración pública en las redes sociales
2. Primera parte: la ilegalidad
  - 2.1. ¿Estamos ante un contrato?
  - 2.2. ¿Participa la Administración pública?
  - 2.3. ¿Es oneroso?
  - 2.4. Tipo de contrato según el TRLCSP: ¿administrativo o privado?
  - 2.5. ¿Ante qué tipo de contrato administrativo?
  - 2.6. ¿Legislación aplicable?
  - 2.7. ¿Qué procesos está incumpliendo?
  - 2.8. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene?
3. Segunda parte: disfuncionalidad
  - 3.1. Principios que inspiran la presencia de las Administraciones en las redes sociales
  - 3.2. Sobre el valor de la información que se difunde en las redes sociales
  - 3.3. Redes sociales, Administración pública y vulneración de datos de carácter personal
4. Reflexión final

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LAS REDES SOCIALES

En esta época en la que la tecnología ha adquirido gran protagonismo y propiciado nuevos hábitos, destacan –tanto en uso como en relevancia– las redes sociales, instrumentos que posibilitan, mediante el acceso a internet desde cualquier punto del planeta, que se pueda obtener información, realizar gestiones, entretenerse o relacionarse con otras personas.

Su relevancia es tal que incluso las Administraciones públicas han querido tener presencia en las mismas y ello, bajo el siguiente argumento: la Administración debe estar donde está el administrado. Es decir, la loable pretensión de la Administración es la de aproximarse al ciudadano, utilizando para ello canales bidireccionales e interactivos que potencian un ejercicio transparente de la actividad pública y que, sobre todo, difuminan dos de las barreras más relevantes que existen entre Administración y administrados: el tiempo y el espacio. De esta forma, la Administración mejora su imagen ahorrando al ciudadano desplazamientos y tiempos de espera, lo que redundará en una mayor eficiencia de su servicio.

En esa línea, el Gobierno de España no se ha querido quedar atrás y está haciendo un esfuerzo considerable para convertir al sector de las comunicaciones y de la información en un sector estratégico y coadyuvante al desarrollo del resto de sectores. Estas políticas se han puesto de manifiesto esencialmente en los planes Avanza 1 (2005-2009) y Avanza 2 (2011-2015); de forma similar ha sucedido con distintos planes desarrollados por las Administraciones autonómicas.

Inicialmente, los dos puntos en los que la Administración ha hecho hincapié han sido la prestación de servicios al ciudadano<sup>1</sup> y la interoperabilidad<sup>2</sup>, que se ha convertido en algo esencial

<sup>1</sup> Se ve reflejado en multitud de trámites como, por ejemplo, obtener el certificado de empadronamiento; obtener el certificado de vida laboral; presentar la declaración de la renta; realizar consultas; presentar quejas y sugerencias; solicitar cita previa para diversos servicios; solicitar subvenciones; o facturar.

<sup>2</sup> El Real Decreto 4/2010, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, define la interoperabilidad como: «La capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que estos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos». Es decir, que el administrado ya no tendrá que ir de Administración en Administración recopilando certificados, sino que bastará que autorice a la Administración que lleva el procedimiento para que los obtenga directamente.

para descargar a los administrados de gestiones burocráticas. En principio, todos estos servicios públicos digitales se han ido prestando desde las diversas páginas webs creadas por las distintas Administraciones, pero en los últimos años se han empezado a utilizar plataformas ya existentes, las denominadas redes sociales *on-line*, si bien es cierto que solo para prestar servicios muy concretos. Los Gobiernos, en muchos casos alentados por la propia Unión Europea (en adelante, UE), han considerado que introducirse –como institución– en la rueda de las redes sociales permite una relación con los ciudadanos no alcanzable por otros medios, por lo que han creado páginas en las más importantes, como puedan ser Facebook o Twitter.

No obstante, resulta cuanto menos curioso que la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, no haga mención en su articulado a las redes sociales. La ley sí reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, así como en las relaciones de los ciudadanos con la Administración con la finalidad de garantizar sus derechos. Entonces, ¿cómo puede ser que no regule las relaciones con los ciudadanos a través de las redes sociales? ¿Acaso no se está realizando mediante las mismas una actividad administrativa? Parece que el legislador no se siente cómodo para regular con detalle las normas que deben regir en la utilización de redes sociales y quizás ello se deba a que en la normativa debería utilizar términos tales como «confianza», «seguridad de los datos», «responsabilidad» o «veracidad» –por poner algunos ejemplos–, que tienen difícil encaje cuando hablamos de redes sociales.

Además, si consideramos que las redes sociales pueden suponer un supuesto de participación ciudadana, tampoco es comprensible que algunas comunidades autónomas –como Andalucía o la Comunidad Valenciana– hayan aprobado leyes de tal cariz y no aborden de forma expresa esta realidad.

Sea como fuere, lo cierto es que las Administraciones acceden a las redes sociales y las utilizan como complemento de su labor de comunicación, al tratarse de canales que proporcionan un efecto multiplicador de la información que la Administración ya facilita por otras vías. Además, se trata de un canal de comunicación e intercambio con el ciudadano o usuario de los servicios públicos.

Ahora bien, llegados a este punto nos queremos plantear algunas de las cuestiones en torno a las cuales va a girar nuestra disertación. ¿Es lícito que las Administraciones acudan a estas redes sociales? Siendo así, ¿qué procedimiento se debe seguir para contratar con una red social? ¿Qué requisitos se deben cumplir? ¿Se ciñe la Administración a los mismos principios legales y garantistas que cuando actúa en otros medios? ¿Puede esperar el ciudadano un trato idéntico de la Administración con independencia del canal que utilice? ¿Las redes sociales aportan valor a la labor de la Administración o generan confusión al respecto? Entendemos que la respuesta a algunas de estas preguntas no es tan evidente como pudiera parecer a primera vista y, por ello, vamos a tratar de dar respuesta a cada una de las cuestiones en las siguientes páginas.

## 2. PRIMERA PARTE: LA ILEGALIDAD

### 2.1. ¿ESTAMOS ANTE UN CONTRATO?

Desde nuestra perspectiva, cuando alguien –incluida cualquier Administración pública– se registra en una red social –por ejemplo Facebook– está aceptando una serie de *condiciones* que, en realidad, vienen a suponer la firma de un contrato de adhesión en el que una de las partes –en el caso que nos interesa, la Administración pública– acata las condiciones fijadas por la otra –Facebook–, de tal modo que todas las personas (físicas o jurídicas) que se registran en estas páginas aceptan las cláusulas que establecen los propietarios de la plataforma. Si el interesado lo desea, en el momento de la adhesión puede leer dichas condiciones, aunque en muchos casos la información que se proporciona al usuario resulta, si cabe, más inquietante que permanecer en la ignorancia.

Por tanto, el punto de partida sería que, efectivamente, existe un contrato entre la Administración pública y la plataforma *on-line* que presta el servicio, por lo que la siguiente cuestión a plantearse es si dicho contrato debería estar sometido (o no) al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es decir, el Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante, TRLCSP).

### 2.2. ¿PARTICIPA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Desde una vertiente subjetiva, deben someterse al TRLCSP los contratos en los que participe la Administración pública y, en este caso, no existen dudas: el artículo 3 de la citada norma recoge la relación de entes, organismos y entidades que integran el sector público, dando cabida en su apartado 1 a) a aquellas que mayor repercusión pueden tener a nuestros efectos: «La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local». Por tanto, sí participa la Administración pública y, desde una perspectiva subjetiva, el contrato sí se sometería a la citada normativa.

### 2.3. ¿ES ONEROSO?

La cuestión más problemática llega a la hora de analizar la vertiente objetiva, aspecto que, sin duda, es el eje que vertebra el presente estudio. Cualquiera que maneje con soltura el real decreto en cuestión podría alegar, rápidamente, que dicha norma no afectaría a este tipo de contrato (el de cualquier Administración con Facebook, por ejemplo) por carecer del elemento objetivo del contrato, esto es, tener carácter oneroso, pues el artículo 2 indica que «son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica». Ahí radica la clave del problema, en la onerosidad o no del contrato en cuestión, que será el elemento que determine su sujeción o no al TRLCSP.

Entonces, la clave será determinar qué se debe entender por *oneroso*. Si acudimos al diccionario de la Real Academia Española, no podemos limitarnos a valorar el término *oneroso*, al que se identifica como un adjetivo que significa «pesado, molesto o gravoso», sino que debemos ir a la expresión *contrato oneroso*, definida como aquel tipo de contrato que «implica alguna contraprestación». Por su parte, el Código Civil se refiere en su artículo 1.274 a la causa de los contratos y explica que «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte».

Sobre la base de estas definiciones, ¿podemos calificar el contrato entre la Administración pública y Facebook como un contrato oneroso? Desde nuestro punto de vista, indudablemente, sí. Tanto si hacemos hincapié en la definición que de contrato oneroso hace la Real Academia (cuyo término clave es *contraprestación*) como si incidimos en los aspectos causales fijados por el Código Civil (*prestación o promesa* de cosa o servicio), entendemos que se trata de un contrato oneroso. Procedemos a explicarlo.

Si lo analizamos desde el punto de vista de la empresa que presta el servicio de la plataforma *on-line*, nadie dudaría de que el contrato es oneroso: la empresa ofrece un servicio, una prestación, que posibilita que su contraparte, en este caso la Administración, pueda aproximarse a los administrados y contactar con ellos. Obviamente, ello conlleva un esfuerzo personal y económico para esa empresa (Facebook, por ejemplo) y, por tanto, afirmamos que sí existe onerosidad desde esa perspectiva: hay un gravamen, una molestia, la prestación de un servicio. Ahora bien, ¿se produce a cambio de nada? ¿Ese esfuerzo no obtiene compensación alguna?

La cuestión pasa aquí por determinar si para la Administración el contrato es o no oneroso, pues es lo que termina por determinar la sujeción o no al TRLCSP. La apariencia de gratuidad es lo que provoca que exista cierta nebulosa respecto a que haya onerosidad desde la perspectiva de la Administración. ¿Existe algún tipo de contraprestación o promesa por parte de los usuarios de Facebook –en este caso, la Administración– en este tipo de contrato? Muchas redes sociales anuncian que abrirse un perfil es gratuito, pero ¿es realmente gratuito? ¿Dónde estaría el negocio entonces?

Desde nuestra perspectiva, la clave la encontramos en las *condiciones de registro* de Facebook, donde existe una *declaración de derechos y responsabilidades* en cuyo apartado 2.1 se explica que «para el contenido protegido por derechos de propiedad intelectual, como fotografías y vídeos (en adelante, "contenido de PI"), nos concedes específicamente el siguiente permiso, de acuerdo con la configuración de la privacidad y las aplicaciones: nos concedes una licencia no exclusiva, transferible, con derechos de *sublicencia*, libre de derechos de autor, aplicable globalmente, para utilizar cualquier contenido de PI que publiques en Facebook o en conexión con Facebook (en adelante, "licencia de PI"). Esta licencia de PI finaliza cuando eliminas tu contenido de PI o tu cuenta, salvo si el contenido se ha compartido con terceros y estos no lo han eliminado». Resumiendo, la contraprestación (o la primera de las contraprestaciones) que la Administración pública debe prestar a su contraparte es la concesión de esa licencia, que sería, por tanto, una de las claves de la onerosidad en este contrato.

En esa línea se ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD)<sup>3</sup> al señalar que «los espacios de comunidad en Internet se presentan y se perciben como ámbitos equivalentes a los del mundo físico en los que las reglas de juego del entorno no las define el usuario. Cuando se registra se somete a unas reglas contractuales fijadas por el proveedor de servicios aunque se presentan al usuario con una apariencia de gratuidad. Sin embargo existe una transacción: facilitamos nuestros datos personales». Por tanto, la AEPD nos está advirtiendo de que estos servicios aparentan ser gratuitos pero a cambio facilitamos nuestros datos personales, siendo ahí donde reside el negocio de estas empresas ya que la información que se facilita en esos perfiles la convierten en dinero. Nos encontramos ante un nuevo modelo de negocio, un modelo que recopila información y la utiliza, entre otras cosas, para dar publicidad personalizada. Así, las personas que pinchan «me gusta» en algún contenido que, por ejemplo, un ministerio publica en su perfil de Facebook están facilitando a la compañía en cuestión más datos para configurar su perfil y, consecuentemente, para engrosar su capacidad de publicidad personalizada.

Además, en algunos casos es la propia plataforma quien nos confirma esta opinión. Así, el documento de publicidad de Facebook donde señala que «en Facebook, creemos que los anuncios deben formar parte de la experiencia general del usuario y ser coherentes con ella. Los mejores anuncios son los que se adaptan a cada usuario según su interacción con las marcas, los artistas musicales y las empresas que les interesan o su afiliación a ellos, así como la de sus amigos». La idea primitiva y motriz de estas plataformas ha sido siempre la comunicación personal, aunque su multitudinario uso no ha pasado desapercibido para los sectores comerciales, que han irrumpido en ellas al descubrir un filón de potenciales consumidores.

Como apunta Eusebio Moya, «en la trastienda de las RRSS la realidad actual es el negocio. Un negocio que mueve miles de millones y que se nutre de la información personal de los usuarios. A mayor cantidad de información personal obtenida a través de estas plataformas, más rentables se convierten estas»<sup>4</sup>.

Alguien podría afirmar, aun así, que en realidad la Administración no está llevando a cabo desembolso de precio alguno o, incluso, que los datos no son cedidos por la Administración sino por aquellas personas que se relacionan con ella, por lo que, en realidad, no sería la Administración la que estaría llevando a cabo esa contraprestación.

A la primera de las objeciones se debe contestar que cabe pago en especie. Así, el artículo 87 del TRLCSP establece que «en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda

<sup>3</sup> AEPD: «Guía para el ciudadano: el derecho fundamental a la protección de datos». [http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canal/documentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA\\_CIUDADANO\\_OK.pdf](http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canal/documentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUDADANO_OK.pdf)

<sup>4</sup> MOYA, E.: «La Administración pública en las redes sociales, ¿una Administración paralela? [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1142682419444&es.Articulo=true&idRevistaElegida=1142677922044&language=es&pag=3&pagename=RevistaDatosPersonales%2FPage%2Fhome\\_RDP&siteName=RevistaDatosPersonales](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142682419444&es.Articulo=true&idRevistaElegida=1142677922044&language=es&pag=3&pagename=RevistaDatosPersonales%2FPage%2Fhome_RDP&siteName=RevistaDatosPersonales)

hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras Leyes así lo prevean». Este artículo permite el pago en especie o mediante otras contraprestaciones siempre que se pueda establecer un precio cierto. En este caso, una de las contraprestaciones es en especie, mediante la publicidad que hace la red social en la propia página web institucional<sup>5</sup> y mediante la información que publica la Administración, que sirve para que otras personas interactúen. Por otra parte, hay que tener en cuenta, tal como indicó el Consejo de Estado (en relación con una normativa anterior de contratación pública), que el «precio cierto no es precio fijo; no es lo mismo precio cierto que precio fijo, pues, con referencia a aquel, lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no sus contingencias»<sup>6</sup>, por lo que el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso. El problema es ¿cómo valorar esa contraprestación? Parece algo muy difícil. Y si se pudiese valorar, se debería tener en cuenta que, en principio, no influye sobre el servicio prestado, que es siempre el mismo y no va a variar en función del valor de la publicidad y de la mayor o menor interacción de personas. Como ya se ha mencionado, nos encontramos ante una nueva tipología de negocio que aparenta dar servicios gratuitos. El pago que realiza la Administración por utilizar su plataforma, en parte, es en especie, mediante publicidad y suministro de información.

A la segunda objeción debemos contestar que hemos de tener en cuenta que la Administración sirve de gancho para que muchos ciudadanos faciliten datos a, por ejemplo, Facebook. La Administración pone a disposición de los usuarios de la red social una serie de contenidos que dan pie a la interacción de aquellas personas a las que les interese, tanto por gustarles lo publicado como por criticarlo. Ya hemos expuesto que esa información facilitada por los usuarios es convertida en dinero por la empresa propietaria de la plataforma; por tanto, que la Administración no desembolse ninguna cantidad económica ni facilite directamente esos datos no significa que el contrato no sea oneroso<sup>7</sup>. En este sentido, son admitidos por las altas instituciones consultivas en materia de con-

<sup>5</sup> Como ejemplo, cuando se accede a la web de la Generalitat Valenciana aparece el siguiente mensaje: «GVA\_Generalitat Valenciana está en Facebook. Para conectarte con GVA\_Generalitat Valenciana, crea una cuenta en Facebook».

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Dictamen de 4 de marzo de 1993, sobre pavimentación de la plazuela de la Trinidad y la calle Pelayo de Orense (procedencia de la Junta de Galicia). Fundamento jurídico 3. [http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo\\_estado&id=1992-1409](http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=1992-1409)

<sup>7</sup> De hecho, la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, en su Informe 5/2011, de 16 de noviembre, sobre admisión o rechazo de proposición con importe cero, [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=PCON\\_InfoAdmin\\_FA&cid=1142665804711&pageid=1232500885759&pagename=PortalContratacion%2FFPCON\\_InfoAdmin\\_FA%2FFPCON\\_fichaJuntaConsultiva](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=PCON_InfoAdmin_FA&cid=1142665804711&pageid=1232500885759&pagename=PortalContratacion%2FFPCON_InfoAdmin_FA%2FFPCON_fichaJuntaConsultiva), admite un contrato privado de seguros a precio cero para la Administración. Al regirse este tipo de contratos, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa de contratación pública, la Junta Consultiva de Contratación analiza si se debe admitir o rechazar una proposición cuyo presupuesto de licitación es cero, siendo retribuido el adjudicatario mediante las comisiones que le haya de satisfacer la entidad o entidades aseguradoras con las que concierte los seguros. La conclusión de la Junta es que es correcto ya que una ley lo prevé, la Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados, que dispone que la retribución que perciba el corredor de seguros de la entidad aseguradora por su actividad de mediador de seguros revestirá la forma de comisión. Ocurre algo similar en algunos contratos administrativos, calificados de servicios por la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 19/2011, de 6 de julio, sobre calificación jurídica de un contrato administrativo para la instalación de televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios. <http://www>.

tratación los denominados «contratos a precio cero» para la Administración, de los que se habla en otros apartados de este trabajo.

Pero si no fuera suficiente con lo expuesto, la evidencia de la onerosidad se percibe todavía con mayor nitidez si vemos, en la «política de uso de datos»<sup>8</sup> de Facebook, lo referente a «¿cómo utilizamos la información que recibimos?». La explicación de Facebook es que «utilizamos la información que recibimos sobre ti en relación con los servicios y las funciones que te ofrecemos a ti y a otros usuarios como tus amigos, nuestros socios, los anunciantes que compran anuncios en el sitio Web y los desarrolladores que crean los juegos, las aplicaciones y los sitios Web que utilizas. Por ejemplo, además de ayudar a las personas a ver y encontrar cosas que haces y que compartes, podemos utilizar la información que recibimos sobre ti [...] para proporcionarte funciones y servicios relacionados con la ubicación, como avisarte a ti y a tus amigos cuando vaya a celebrarse algo cerca de donde estéis; para calibrar o comprender la eficacia de los anuncios que tú y otros usuarios veis, además de para ofrecerte los que más te pueden interesar; para hacerte sugerencias a ti y a otros usuarios de Facebook [...]; para operaciones internas, incluidos la solución de problemas, el análisis de datos, la investigación, el desarrollo y la mejora del servicio»<sup>9</sup>. ¿Todavía queda alguna duda de la onerosidad?

Como colofón, el propio documento al que acabamos de referirnos (apdo. 9) recoge una referencia particular relativa a «disposiciones especiales aplicables a desarrolladores u operadores de aplicaciones y sitios Web», supuesto en el que entendemos que se engloba la Administración en su relación con Facebook. Para estos supuestos existen condiciones llamativas, como las siguientes<sup>10</sup>:

«Podemos publicar un comunicado de prensa que describa nuestra relación contigo» (9.12).

«No garantizamos que la plataforma vaya a ser siempre gratuita» (9.14).

«Nos concedes todos los derechos necesarios para habilitar tu aplicación para que funcione con Facebook, incluido el derecho a incorporar contenido e información que nos proporciones en conjuntos de publicaciones, biografías e historias de acciones de los usuarios» (9.15).

---

*aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02\_Informes\_Actuaciones/INFORME%2019-2011%20TELEVISIONES.pdf*), en los que la contraprestación económica a percibir por el contratista está integrada por los precios por la utilización de las televisiones.

<sup>8</sup> Hay que indicar que Facebook modificó sus condiciones a favor, únicamente, de los usuarios residentes en Alemania. En concreto, el último inciso de la sección «Disposiciones especiales aplicables a usuarios que no residan en Estados Unidos» de las condiciones de servicio de Facebook, <http://es-es.Facebook.com/legal/terms>, establece: «Las condiciones aplicables específicamente a los usuarios de Facebook en Alemania están disponibles aquí», y remite a una página en alemán donde se recogen las condiciones específicas que se aplican a los usuarios de Facebook residentes en Alemania.

<sup>9</sup> <http://es-es.Facebook.com/about/privacy/your-info>

<sup>10</sup> <http://es-es.Facebook.com/legal/terms>

«Nos concedes el derecho a enlazar a tu aplicación, o a incluirla en un marco, y a colocar contenido, incluidos anuncios, alrededor de ella» (9.16).

«Podemos analizar tu aplicación, contenido y datos para cualquier propósito, incluido el comercial (por ejemplo, para la segmentación de anuncios o el indexado de contenido para búsquedas)» (9.17).

Entendemos que sobran comentarios: estamos ante un contrato oneroso. Por tanto, si es un contrato en el que participa una Administración pública y que, además, tiene el carácter de oneroso, dicho contrato debería estar sometido al TRLCSP, salvo que nos encontráramos ante uno de los supuestos exceptuados en el artículo 4 de la citada norma, cosa que, desde nuestro humilde punto de vista, no sucede.

## 2.4. TIPO DE CONTRATO SEGÚN EL TRLCSP: ¿ADMINISTRATIVO O PRIVADO?

Entonces, de acuerdo con la clasificación que desarrolla el TRLCSP, ¿ante qué tipo de contrato nos encontramos?

Como punto de partida, el artículo 20 establece que los contratos del sector público se subdividen en dos grandes grupos: los de *carácter administrativo* y los de *carácter privado*. Si analizamos dicho artículo, concluiremos que no estamos ante un contrato privado –y, por tanto, estamos ante un contrato de carácter administrativo– porque no se puede encuadrar el supuesto que estamos analizando en ninguno de los casos contemplados como contratos privados:

- a) Contratos celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas.
- b) Contratos celebrados por una Administración pública que tengan por objeto alguno de los servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II (servicios financieros) o en lo relativo a creación e interpretación artística y literaria o espectáculos, así como la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.
- c) Contratos distintos de los contratos administrativos (aspecto del que se habla posteriormente).

Además, por si lo antedicho resultara insuficiente, el Tribunal Supremo considera que el carácter administrativo o civil de un contrato solo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo. Esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá, fundamentalmente, de su contenido y finalidad<sup>11</sup>. En consecuencia, tendrá carácter administrativo el contrato cuando

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y de 26 de noviembre de 1985 y de 17 de julio de 1999.

quede constancia de su conexión con el fin de «interés público», reputándose como privado si tal conexión no queda acreditada<sup>12</sup>, llegando incluso a calificar como contrato administrativo<sup>13</sup> la compraventa de una finca con destino a la construcción de viviendas de protección oficial<sup>14</sup>.

## 2.5. ¿ANTE QUÉ TIPO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO?

Por tanto, asumiendo que se trata de un contrato administrativo, ¿ante cuál de ellos podríamos encontrarnos? A priori, de conformidad con el artículo 19 del TRLCSP existen varias posibilidades: obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios, contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella (siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados).

De acuerdo con el tenor del TRLCSP serían fácilmente descartables el contrato de obras (art. 6) y el de concesión de obras públicas (art. 7).

Sí podría tratarse (art. 8) de un contrato de gestión de servicios públicos, pero, en realidad, quien presta el servicio en este caso es la Administración, aunque lo haga a través de la red de perfiles creada por las redes sociales, por lo que debemos descartarlo. Además, no hay *publicatio* sin que exista tampoco ninguna ley que establezca la obligación de la Administración y el correlativo derecho de los particulares de prestar ese servicio público, esto es, no existe un derecho del usuario de internet a que la Administración tenga una página en Twitter –por ejemplo–, sino que se crea porque se piensa que así se presta un mejor servicio a los ciudadanos, por lo que no estaríamos en el supuesto fijado en el artículo de «gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración». Aunque el destinatario final del servicio es el usuario de internet, la beneficiaria del mismo es la Administración por cuanto se trata de obtener un instrumento que le permite mejorar sus prestaciones.

De igual modo, podríamos pensar que se trata de un contrato de suministros, definidos (art. 9) como aquellos que «tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles». Concretando más, el párrafo 3 b) del propio artículo 9 considera como contrato de suministros aquel que tenga por objeto «la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos [...]». Siendo las plataformas en cuestión de estructura estándar, no personalizada y de uso generaliza-

<sup>12</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre y 28 de noviembre de 1981 y de 14 de julio de 1982.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003.

<sup>14</sup> Dictamen 47/2008, de 12 de marzo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

do, entendemos que sería una interpretación excesivamente forzada la de considerar que la Administración la está adquiriendo o arrendando, por lo que no habría tampoco contrato de suministro.

Probablemente, la opción más adecuada sea la de considerar que nos hallamos ante un contrato de servicios, definidos por el artículo 10 del TRLCSP como «aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Además, el Anexo II de la norma en cuestión recoge una relación de categorías, varias de las cuales podrían dar cabida al supuesto que nos ocupa: así, por ejemplo, el apartado 5 (Servicios de telecomunicación), el 7 (Servicios de informática y servicios conexos) o la cláusula residual del 27 (Otros servicios). Facebook, Twitter o Tuenti ofrecen una plataforma para publicar una página web institucional, es decir, proporcionan el instrumento para prestar el servicio. Dicha relación se puede comparar con el contrato que se realiza con una empresa informática para mantener y actualizar una página web propia de la Administración, creada sin necesidad de vincularse a las plataformas que te proporcionan las redes sociales. La principal diferencia es que la plataforma es la misma para todas las empresas y Administraciones, por lo que no se configuran a medida. Por otro lado, te permite muchas opciones para personalizarla y presentarla de forma diferente al resto de páginas. La definición de este contrato es tan amplia que puede encajar en ella casi cualquier contrato administrativo que no sea de los típicos (obras, suministros, gestión de servicios públicos y de colaboración entre el sector público y privado). Así las cosas, podríamos afirmar que nos encontramos ante un contrato de servicios, concretamente en su categoría 27, «Otros servicios», debido a la singularidad del contrato.

No se ha hecho mención a otras dos opciones de contratos administrativos que se han citado anteriormente, esto es, a la posibilidad de que se tratara de un contrato de colaboración entre el sector público y el privado o de un contrato distinto de los anteriores pero vinculado al tráfico específico de la Administración contratante. Consideramos que la categorización de contrato de servicios responde de mejor manera al asunto que nos ocupa, aunque tampoco de ello se derivan consecuencias relevantes, pues en todo caso nos encontramos ante un contrato administrativo. No hay que olvidar que la actual definición del contrato administrativo especial se configuró para ampliar el ámbito de afección, pues la vinculación al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría los contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate.

## 2.6. ¿LEGISLACIÓN APLICABLE?

Lógicamente, si estamos ante uno de los contratos administrativos que vienen recogidos en el TRLCSP, dicha norma es de aplicación. Una vez calificados los contratos como administrativos, se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas. Por tanto, será de aplicación el TRLCSP.

Sin embargo, cuando la Administración se adhiere al contrato de Facebook, ¿lo hace siguiendo las indicaciones legalmente previstas en el TRLCSP?

## 2.7. ¿QUÉ PROCESOS ESTÁ INCUMPLIENDO?

Partimos de la base de que en estos contratos se invierte la posición privilegiada que generalmente tiene la Administración respecto a la parte contraria. El procedimiento habitual es que sea la Administración la que redacte el pliego de cláusulas administrativas particulares y el contratista, al presentar sus ofertas, acepte el contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. En cambio, cuando la Administración se adhiere al contrato de una red social acepta las condiciones impuestas por la plataforma<sup>15</sup>, perdiendo parte de las prerrogativas exorbitantes propias de los contratos administrativos.

Por otro lado, según el artículo 109 del TRLCSP, la celebración de cualquier contrato por parte de las Administraciones públicas requiere la previa tramitación del correspondiente expediente, motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de la ley. Como las Administraciones no están aplicando la TRLCSP en el tema que nos ocupa, están incumpliendo habitualmente con este requisito. No obstante, más adelante analizaremos la idoneidad o no de estos contratos.

En cuando a la selección de los candidatos en un contrato administrativo, el TRLCSP, de acuerdo con su artículo 1, «tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos [...] la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa». Ello hace que nos planteemos si la elección directa de una red social es apropiada. El problema desaparece si se utilizan todas las redes sociales, pero no es la práctica habitual. ¿Puede plantear una plataforma que no utiliza la Administración que se la está discriminando? Imaginemos que cambia el escenario en el que nos encontramos en la actualidad. Imaginemos que aumentara tanto el número de redes sociales que, por razones de competencia, comienzan a solicitar a empresas o Administraciones que creen páginas en su plataforma para promocionarse o, simplemente, que el reparto del mercado publicitario entre tantas redes sociales hace que este sea insuficiente para su financiación por lo que deciden cobrar por su utilización. En el primero de los escenarios se podría llegar a discriminar a las empresas no seleccionadas para registrarse. Tan es así que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2003: «Expone la doctrina que el contrato de adhesión es aquel en que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y, si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato».

su Informe 8/2009<sup>16</sup>, de 24 de septiembre, considera que, aun en los casos en los que no estemos ante un contrato oneroso, circunstancia que conlleva la no sujeción a las normas de preparación y adjudicación de la contratación pública, cuando la selección de una persona jurídica pueda afectar a los legítimos intereses de otras personas jurídicas, dicha selección debe realizarse de forma que se garantice el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato<sup>17</sup>.

En el supuesto de cobrar por estar registrado nadie puede discutir los intereses comerciales de las empresas y la consiguiente necesidad de seguir los principios de la contratación pública.

Todo lo mencionado hasta ahora no quita que el TRLCSP permita que, en supuestos tasados y considerados como excepcionales, se pueda adjudicar directamente un contrato administrativo a un contratista, mediante el llamado procedimiento negociado. Si bien es cierto que se deben solicitar ofertas, al menos, a tres empresas (siempre que sea posible), así como delimitar los aspectos económicos y técnicos objeto de negociación en el pliego de cláusulas administrativas. Al ser un procedimiento menos garantista se debe justificar exhaustivamente, sin que se pueda prescindir de la tramitación del expediente administrativo. Alguien podría defender que un contrato con una red social tiene cabida en la letra e) del artículo que regula los supuestos de contratación por el procedimiento negociado (art. 170): «Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado». A nuestro parecer, la gran variedad de redes sociales y las posibles alternativas para realizar las mismas funciones nos alejan de este supuesto, que debe interpretarse de forma excepcional. También se pueden adjudicar directamente los contratos menores, en los contratos de servicios los de importe inferior a 18.000 euros (art. 138 del TRLCSP). Ya hemos mencionado la dificultad de valorar estos contratos, encontrándonos además, una vez más, ante una regulación que no tienen encaje en nuestro supuesto (duración, cuantía, etc.).

## 2.8. ¿QUÉ CONSECUENCIAS JURÍDICAS TIENE?

Los contratos administrativos requieren de actos de preparación y adjudicación. Estos actos, como cualquier otro acto administrativo, necesitan de un procedimiento que dote a la Adminis-

<sup>16</sup> [http://www2.gobiernodecanarias.org/hacienda/media/dgpatrimonio/Inf%2009-08%20Procedimiento%20Selecci%C3%B3n%20Mutuas\\_tcm15-5794\\_tcm58-10728.pdf](http://www2.gobiernodecanarias.org/hacienda/media/dgpatrimonio/Inf%2009-08%20Procedimiento%20Selecci%C3%B3n%20Mutuas_tcm15-5794_tcm58-10728.pdf)

<sup>17</sup> «El procedimiento a seguir por una Administración pública para seleccionar una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, como entidad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, y la correspondiente formalización del convenio de asociación, al no constituir contrato oneroso, no está sujeto a las normas de preparación y procedimientos adjudicación de los contratos regulados en la LCSP. No obstante, en la medida en que la selección de una Mutua por una Administración pública puede afectar a legítimos intereses del conjunto de Mutuas existentes, dicha selección deberá realizarse de forma que garantice el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, y de no discriminación e igualdad de trato propugnados en el artículo 1 de la LCSP, en relación con el apartado 2 del artículo 4 de la misma».

tracción de los elementos de juicio necesarios para tomar decisiones y que sirva de garantía de los derechos de los ciudadanos. Al suscribir un contrato de adhesión con una red social se prescinde total y absolutamente de estos procedimientos, incurriendo en una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992. La omisión del procedimiento es clara, manifiesta y ostensible, con ausencia total de trámite. El propio TRLCSP se remite a las causas de nulidad establecidas en la Ley 30/1992 al enumerar las causas de nulidad en su artículo 32.

La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 35 del TRLCSP).

A modo de ejemplo, el Dictamen 250/2011 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias<sup>18</sup> anula un contrato de *renting* –naturaleza mercantil– referido a una copiadora/fotocopiadora, firmado por la directora de un centro docente, en el que se adhería a las cláusulas fijadas por la empresa privada; el Consejo entiende que el contrato debió revestir forma de contrato administrativo. En realidad se trata de un supuesto de contrato de adhesión, muy similar al que estamos analizando en este estudio.

Lo difícil ahora es valorar los efectos de la declaración de nulidad del contrato: restituirse las cosas o devolver el valor. Como ya hemos mencionado, esta nueva forma de negocio, la red social, no tiene en el mercado ningún sistema de negocio similar, siendo evidente su ánimo de lucro. Hemos defendido que el contrato es oneroso, aun así somos conscientes de la dificultad de valorarlo económicamente. Lo más cómodo sería valorar de forma equilibrada el uso de la plataforma y la publicidad e información que se proporciona desde la página institucional. Si fuese así, bastaría con darse de baja, quedando las partes compensadas con las respectivas prestaciones, ya que la plataforma no cobra de la Administración, no se puede hacer que desaparezcan los efectos de la publicidad ni de la interacción de los ciudadanos y el servicio se ha prestado a la Administración. En caso contrario habría que analizar si se dan las condiciones propias del enriquecimiento injusto o de la responsabilidad patrimonial de la Administración. De igual modo, se debería estudiar si el empresario debe indemnizar o no a la Administración por algún concepto al resolver el contrato.

Las principales conclusiones de lo expuesto hasta ahora, siempre y cuando se comparta la idea de que estamos ante un contrato oneroso, son que los actuales procedimientos de contratación incurren en incumplimientos de la legalidad vigente y que el marco normativo actual no es adecuado para dar cabida a estos contratos tan singulares. Se requiere una regulación expresa que dé respuesta a la problemática que arrastra la implantación de estos nuevos sistemas de negocios en las Administraciones públicas. No sería la primera vez que el legislador recoge en la normativa de contratación excepciones a las previsiones generales en las que el ente público se adapta a

<sup>18</sup> Consejo Consultivo de Asturias. Dictamen 250/2011, de 21 de julio. [http://www.ccasturias.es/Documentos/2011/dictamen\\_0250-11.pdf](http://www.ccasturias.es/Documentos/2011/dictamen_0250-11.pdf)

la realidad del mercado. Así, la disposición adicional decimonovena del TRLCSP regula normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y de la suscripción a publicaciones<sup>19</sup>, contratos privados sujetos al TRLCSP en cuanto a su preparación y adjudicación. Los motivos son permitir una mayor discrecionalidad a la hora de elegir las bases de datos o las publicaciones que mejor se ajustan a sus necesidades y adaptarse a las condiciones generales que aplican los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago.

### 3. SEGUNDA PARTE: DISFUNCIONALIDAD

Hasta este momento hemos analizado la cuestión desde un punto de vista legal pero, más allá de su legalidad o ilegalidad, ¿tiene sentido que las Administraciones públicas se embarquen en las redes sociales?

Nos cuestionamos la idoneidad de estos contratos, al cubrir necesidades que se pueden satisfacer por otros medios<sup>20</sup>. De hecho, el artículo 22 del TRLCSP dice que: «Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». ¿Puede ser esta la respuesta a por qué no han seguido el procedimiento normal para esta adjudicación?

Lo que es indiscutible es que dicha elección debe estar justificada documentalmente, ya que solo se pueden celebrar contratos para el cumplimiento de fines institucionales.

La sensación que percibimos es que se busca satisfacer intereses de los partidos políticos que están en el Gobierno bajo la apariencia de servicio público. La imagen de transparencia que

---

<sup>19</sup> «1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevenida en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado».

<sup>20</sup> En enero de 2014 fue noticia que el Ayuntamiento de Xàtiva (Valencia) difundió una oferta de empleo público únicamente a través de su perfil en Facebook, habiendo alcanzado, pese al difícil momento económico que vivimos, un escasísimo número de solicitudes. ¿Por qué se hizo por esa vía? No tenemos la respuesta, pero lo cierto es que la decisión limitaba mucho el número de candidatos que podían aspirar al puesto. ¿No podría haberse combinado esta vía con otras tradicionales?

se defiende desde la Administración se queda en una mera apariencia porque la Administración controla la información que se publica. Este canal de comunicación se convierte en unidireccional cuando es una de las partes la que decide si el contenido que se envía se publica o no. Son tan subjetivos los criterios por los que se decide si el contenido enviado es apropiado o no que deja en manos de una sola de las partes demasiado poder, pudiendo en ocasiones dar una imagen de la opinión de la población que no es la real, al eliminar todos los contenidos que les puedan resultar incómodos. La mayoría de las Administraciones renuncian a que existan foros de debate permitiendo solo comentarios banales. La principal ventaja de las redes sociales es la interacción con las personas y si esta se reduce a marcar «me gusta» en titulares, noticias o colectivos introducidos por la Administración deja de diferenciarse de otros medios de comunicación, salvo en los aspectos negativos.

A los Gobiernos les interesa mantener estos canales abiertos porque reciben inquietudes y opiniones de los ciudadanos que luego no comparten en abierto. De tal forma que un navegante puede pensar que está colaborando con la Administración y en cambio está configurando una fuente que valora el termómetro de la opinión pública a la que no acceden el resto de partidos políticos. Es una fuente de poder muy importante.

Creemos que no está justificada la utilización de estos medios de comunicación porque tienen más inconvenientes, como a continuación seguiremos viendo, que ventajas, a diferencia de lo que sucede con otros canales de comunicación.

### 3.1. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA PRESENCIA DE LA ADMINISTRACIONES EN LAS REDES SOCIALES

De acuerdo con la «Guía de usos y estilo en las redes sociales» de la Generalitat de Catalunya<sup>21</sup>, que entendemos que puede generalizarse, la presencia de las Administraciones públicas en las redes sociales responde a los principios de:

- *Servicio público.* Es la razón de ser. La comunicación a través de las redes sociales debe ser tan eficaz, o más, de lo que lo es la presencial, y a la vez debe ser más eficiente y dar mejores resultados sin requerir muchos más recursos. Conviene mostrar en todo momento una predisposición para escuchar y para ayudar al ciudadano en todo lo que sea posible, así como para ofrecer soluciones a todas sus dudas.
- *Transparencia.* Es la norma básica de los medios sociales. Hay que mostrar a la organización tal y como es, con naturalidad.

<sup>21</sup> [http://www.gencat.cat/web/meugencat/documents/guia\\_usos\\_xarxa\\_es.pdf](http://www.gencat.cat/web/meugencat/documents/guia_usos_xarxa_es.pdf)

- *Calidad.* Se deben ofrecer servicios de calidad a toda la ciudadanía, siguiendo los protocolos establecidos.
- *Corresponsabilidad.* Saber a quién se representa y con qué orientación, cómo y dónde se debe comunicar. Hay que tener en cuenta las normas de convivencia y las normas de uso de las mismas redes sociales.
- *Participación* en iniciativas ciudadanas, como si fueran propias, además de fomentar la participación del resto de la ciudadanía.
- *Conocimiento abierto,* mediante un nuevo enfoque de la propiedad intelectual que permita crear las condiciones necesarias para generar riqueza a partir de los datos y los contenidos elaborados por la Administración.

Pero pongamos algunos ejemplos:

En Twitter, la Generalitat de Catalunya tiene, aproximadamente, 55.000 seguidores en su cuenta @gencat. Pero la cuestión no es esa, sino las siguientes: ¿quién decide qué contenidos se expresan a través de esa plataforma? Pero, quizás todavía más importante, ¿quién decide a qué otros usuarios de Twitter va a seguir la Generalitat de Catalunya?

Respecto al primero de los aspectos será objeto de análisis posteriormente. Respecto al segundo uno puede comprobar que la Generalitat sigue a más de 11.000 usuarios de Twitter. ¿Con qué criterio? ¿Por qué a unos y no a otros? Podría existir una imagen idílica en la que uno piense que la Generalitat únicamente va a seguir a otros usuarios oficiales que provienen de Administraciones públicas o que va a seguir a medios de comunicación, agencias de noticias y similares. ¿Es así? No. Y ello se comprueba, simplemente, con acceder al listado de seguidores de la Generalitat de Cataluña.

Por ejemplo, @gencat es seguidora de una mujer (no la vamos a identificar, aunque el dato es público y accesible desde el perfil de la Generalitat) que únicamente cuenta –en el momento de elaborar este estudio– con 15 seguidores en Twitter (cifra ínfima) siendo uno de ellos la Generalitat de Cataluña. La última entrada registrada en el perfil de la mujer es del pasado 11 de septiembre de 2012 y se limita a expresar «desde Sabadell cap a la independència»<sup>22</sup>. ¿Quiere esto decir que la Generalitat de Catalunya, a través de su Twitter, concede apoyo a esta iniciativa?

Pero no nos situemos en un espacio estrictamente político-ideológico. Otra de las personas a las que sigue la Generalitat es un hombre que, según su propio perfil, es el director de una feria de espectáculos literarios. Como en el caso anterior, estamos ante una persona con pocos seguidores (68), uno de los cuales es la Generalitat. ¿Esto quiere decir que si yo, que también soy una persona vinculada al ámbito cultural de Catalunya, no soy seguido por la @gencat tengo menos opciones que el señor en cuestión de acceder a subvenciones o de tener posibilidades de obtener

<sup>22</sup> «Desde Sabadell hacia la independència».

el respaldo de la Generalitat? ¿Por qué seguir a unos y no a otros? ¿Responde ello al principio de objetividad de la Administración? ¿Quién decide en la Generalitat a quién seguir y a quién no? ¿Un funcionario? ¿Con qué criterio?

Según su propia «Guía de usos y estilo», «conviene seguir a personas y organizaciones relacionadas con nuestra estrategia de servicio». Hasta ahí, todo correcto. De hecho, sería lo deseable. Pero el texto añade que, «como principio orientador, se seguirá a cualquier persona que se haya hecho seguidora de nuestro perfil, ya que se considera una norma de *netiqueta* básica. Sin embargo, se aconseja evitar a los seguidores con un avatar ofensivo (por ejemplo, pornográfico) o que hagan *spam*, a los que bloquearemos para que no figuren entre los seguidores de nuestro perfil». No podemos sino discrepar abiertamente de la segunda afirmación: el hecho de que una persona quiera seguir a la Generalitat de Cataluña, que cuenta con un perfil institucional de interés público, no debería obligar, en ningún caso, a que la Generalitat se convirtiera en seguidora de esos ciudadanos. La Generalitat de Catalunya es seguidora de, y se trata de un nuevo ejemplo, un hombre quien, según su perfil, se define como «futbolero», aspecto que se puede comprobar en sus últimos *tweets*. ¿Qué le aporta esto a la Generalitat de Catalunya?

Pero, aun en ese caso, asumamos que el criterio orientador de la Generalitat fuera acertado. En tal situación, ¿por qué la Generalitat de Cataluña es seguida por más de 55.000 usuarios de Twitter y, sin embargo, la @gencat solo sigue a 11.000? ¿Hay 44.000 seguidores que responden al criterio de «avatar ofensivo» o que «hacen *spam*»? ¿Por qué usar la *netiqueta* con unos seguidores y no con otros? ¿Aquellos que no son seguidos pueden sentirse discriminados respecto de aquellos que sí lo son?

El ejemplo catalán no es, obviamente, excepcional. La situación se reproduce en el caso de la Generalitat Valenciana (@gva\_info), que, igualmente, sigue a alrededor de 11.000 usuarios de Twitter. Como en el caso anterior, no estamos hablando únicamente de líneas oficiales, sino de muchos particulares, entre ellos el de una adolescente cuyo perfil dice literalmente: «hola a todos solament kiero dcirles qsoy muy amigable y simpatica y espero caerlez bien.. jijji soy del Estado de México». ¿Tiene algún sentido?

Ello por no hablar del hecho de que la Generalitat Valenciana siga a las Nuevas Generaciones de unos municipios y no de otros, a unos partidos y no a otros, a unos diputados/as y no a otros/as... o a un «chico normal» que dice ser de Benifaió, que tiene 7 seguidores (uno de ellos, la Generalitat Valenciana) y cuyo Twitter (y sus *tweets*) están protegidos.

En Andalucía (@JuntaInforma) siguen a menos usuarios (no llega a 4.000), pero la línea es la misma.

¿Todas las comunidades autónomas se mueven igual por Twitter? Llegados al País Vasco, uno contempla que solo tiene 600 seguidores, lo cual parece lógico si comprobamos que hace más de 4 años que no emite ninguna información por esta vía. ¿Sensatez? Puede ser. Sobre todo si uno comprueba que solo siguen a 1 persona (frente a los 11.000 de Cataluña o la Comunidad

Valenciana). Ahora bien, el usuario al que siguen es makgregory, «el doble de otra cabra para los tweets peligrosos». ¿Alguien entiende algo?

Por lo demás, quienes lo tienen activo sí vienen ofreciendo información de servicio a través de Twitter, en unos casos con mayor regularidad y continuidad que en otros.

Las disfunciones expuestas no solo se dan en el ámbito de las Administraciones españolas, la Organización de Naciones Unidas ha sido noticia en los medios de comunicación internacionales al descubrirse que entre las 537 personas que seguía en Twitter se encontraba la actriz porno Pénélope Black Diamond. Tras salir la noticia a la luz la ONU dio marcha atrás y la dejó de seguir.

### 3.2. SOBRE EL VALOR DE LA INFORMACIÓN QUE SE DIFUNDE EN LAS REDES SOCIALES

Pero, también ahí, en lo que se refiere a la información que se difunde, se abren algunos inconvenientes o cuestiones que deben ser debidamente analizadas:

- *Identidad.* ¿Imaginemos qué puede pasar si, en nombre de una Administración pública, se distribuye masivamente una alarmante noticia para la población, habida cuenta de la velocidad de propagación y del efecto multiplicador que tienen estas plataformas? De hecho, hemos podido constatar perfiles «duplicados» de una Administración en una misma red social, utilizándose la misma denominación del organismo, la misma o similar imagen institucional, pero con contenidos y posibilidades distintas para el usuario. ¿Cuál es la que ha de entenderse como perfil oficial? ¿Una, otra o ambas? En sentido contrario, las redes sociales no pueden servir para tomar el pulso a la sociedad: una misma persona –o grupo reducido de estas– puede asumir diversas identidades y capitalizar las solicitudes de opinión, de modo interesado, provocando un resultado absolutamente falseado y manipulado de la realidad –los conocidos como *trolls cibernéticos*–. Que una Administración pueda tomar decisiones basadas en este tipo de información resulta inquietante. No obstante, debemos tener cuidado porque, en algunos casos, también puede utilizarse como una «pantalla» o disfraz que utiliza la identidad e imagen de la Administración para fines u objetivos políticos; de hecho, algunas Administraciones en red han tenido mayor protagonismo en periodos electorales que los propios candidatos, aunque ello únicamente puede hacerse de un modo muy sutil en un portal institucional o en una sede electrónica.
- *Valor de la información.* ¿Qué valor tiene la información facilitada por la Administración en estos medios? ¿Qué responsabilidad cabe exigirle a la Administración ante cualquier inexactitud o perjuicio derivado de dicha publicación? Probablemente ninguna. Únicamente tienen el carácter de «fuentes oficiales» de información pública las que expresamente recogen las leyes. En este sentido, el artículo 10 de la Ley 11/2007, a la hora de regular la sede electrónica, establece que en todo caso deberá garantizarse

la identificación del titular de la sede, y que el establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma. Por tanto, en el ámbito electrónico, y salvo determinados soportes –boletines y diarios oficiales digitales, por ejemplo–, solo los contenidos de una sede electrónica suponen garantías para los ciudadanos respecto a la veracidad, exactitud y responsabilidad, así como sobre la certeza del titular que emite dichos contenidos. Nada se indica al respecto de la información vertida en las redes sociales.

- *Trazabilidad.* Además, lo anterior viene directamente relacionado con otra cuestión clave: ¿quién se hace cargo de la información vertida en las redes? Lo lógico sería que quedara constancia fehaciente de quién y cuándo hace algo en nombre de la Administración en estas plataformas, lo que no parece que siempre se consiga. Como apunta Eusebio Moya, lo anterior tiene mucho que ver con «otra incógnita que se cierne muchas veces sobre estas RRSS: ¿Quién, en nombre de la Administración, lleva a cabo la gestión de contenidos en las RRSS? En otras palabras ¿Quién decide qué información, actuaciones, pautas de comportamiento y requisitos han de darse?». A estos efectos, para la determinación de responsabilidades, se debería seguir lo establecido por el Esquema Nacional de Seguridad –Real Decreto 3/2010, de 8 de enero<sup>23</sup>– cuyo Anexo I califica la trazabilidad como una de las cinco dimensiones de seguridad que deben imperar en la Administración electrónica. Las otras son disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad.
- *Derechos de imagen.* Resulta reseñable el hecho de que se omita, salvo contadas excepciones, cualquier referencia a la validez, efectos jurídicos o responsabilidad por contenidos, así como cualquier aspecto relativo a los derechos de utilización de imágenes, logos, marcas o información propia o de terceros. Ello contrasta con los avisos legales y resto de previsiones, apercibimientos o información que en este sentido sí suelen recoger en sus portales webs o entornos electrónicos, bajo su administración y responsabilidad, las mismas Administraciones públicas que los omiten en estos espacios.
- *Exigencia de acreditación.* Por otra parte, hemos podido comprobar que la Administración actúa de forma distinta ante una misma situación según cuál sea el medio utilizado, lo que puede suponer una discriminación para el usuario. A título de ejemplo, hemos constatado el distinto trato que una hipotética queja puede recibir; mientras en el caso de formulación de la misma a través del canal abierto en una red social obtuvimos respuesta rápida y sin requerimiento alguno de acreditación de identidad, la misma organización reclama de forma obligatoria datos personales para dar curso a esa misma queja en su web; si llegamos a la sede electrónica, además, se exige el correspondiente certificado electrónico. Y todo ello

<sup>23</sup> El Real Decreto 3/2010 se remite a la regulación de la Ley 11/2007, que no menciona la actividad administrativa a través de las redes sociales.

cuando el citado trámite para atención a quejas esté regulado tanto por normativa legal de ámbito estatal –Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado– como autonómica, así como por las denominadas cartas de servicios, normativa que no se cumple en el ejemplo planteado.

- *Política lingüística.* De igual modo, en muchos casos se incumple la normativa autonómica referida a la obligación de la Administración de ofrecer información y contenidos en todas las lenguas oficiales del territorio, hecho que no suele suceder –de hecho, no sucede– en los espacios electrónicos de titularidad institucional. ¿Por qué respetar el bilingüismo en sus propias webs pero no en los perfiles de las redes sociales?
- *Vulneración de datos personales.* Con todo, lo más preocupante y a lo que vamos a dedicar mayor atención es a la posible vulneración de datos personales, pues aun siendo cierto que la mayoría de casos observados no proceden de forma abierta a la recogida de datos personales, en otros supuestos no es así, facilitando formularios para la recogida de estos en diversa medida –nombre y apellidos, dirección de *e-mail*, opinión, costumbres, etc.–. En esos casos, la Administración no cumplimenta, como mínimo, el derecho de información requerido por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPD). Aun en los casos en que no se contenga un formulario o canal específico para la recogida de este tipo de datos, siempre que exista un «tratamiento de datos» –aunque sea para poder contestar o informar– debería informarse a los titulares de dicha circunstancia; incluso de los posibles usos de dicha información, aunque únicamente fuera para comunicar que no van a ser tratados de ningún modo, cosa que no suele hacerse.

### 3.3. REDES SOCIALES, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y VULNERACIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Ya hemos manifestado a lo largo de este trabajo que la voluntad de la Administración con su presencia en las redes sociales es la de mantener una interacción abierta y pública; pero ello no impide que la Administración deba velar por los intereses de los ciudadanos, siendo su obligación acudir a los medios más garantistas para los mismos. En este sentido, ¿es realmente necesario contar con páginas institucionales en estas plataformas? ¿No se pueden prestar los mismos servicios en plataformas propias de la Administración? Desde nuestro punto de vista, las respuestas son no y sí respectivamente, pues en una página propia se pueden custodiar mejor los datos, velando así de mejor manera por los derechos de las personas.

En esta concreta situación, podemos preguntarnos quién va a gestionar los datos personales derivados de la interacción de la Administración con los administrados y si existe información sobre su destino y almacenamiento. Obviamente, esos datos no los gestiona la Administración, sino la plataforma en cuestión, por lo que su tratamiento es menos garantista. Probablemente, las distintas empresas que gestionan las plataformas de las que estamos hablando alegrarán que la uti-

lización de las redes es voluntaria y que quienes las utilizan son, básicamente, personas que previamente se han dado de alta en las mismas por otros motivos, es decir, personas que ya estaban registradas con anterioridad y que no se han incorporado a las mismas con el objetivo de relacionarse con las Administraciones públicas. Sin embargo, por muy raro que parezca, puede darse el caso de que una persona se dé de alta a raíz de querer participar en una de esas páginas, dando datos personales, o que se registre por ese motivo y a partir de ahí se conecte para relacionarse con otras personas. Es más, aunque ya usase la red social con anterioridad, al relacionarse con la Administración está facilitando una serie de datos que ayudan a configurar un perfil que puede que no se obtuviese de otro modo, el ideológico. Y si ahondamos un poco más en los riesgos, podría darse el caso de alguien que suplantase a una persona creando un perfil falso e interviniese en la página para difundir una visión determinada de la forma de pensar de la persona suplantada. Recientemente ha sido noticia el caso de un adolescente de 17 años que creó una cuenta falsa, en la que puso una foto que encontró en internet, con la cual se hizo pasar como periodista deportivo en Twitter, dando primicias, inventando entrevistas y compartiendo *tweets* con estrellas del deporte rey, por lo que rápidamente subió su número de seguidores hasta llegar a los veinte mil usuarios.

De cierta forma, se está generando un contrasentido pues, por un lado, la propia Administración, desde la AEPD, está elaborando guías en las que solicita a todos los actores sociales – incluida la propia Administración pública– que actúen con cautela en su relación con las redes sociales y, por otra parte, la Administración dota a estas instancias de una apariencia de normalidad mediante su presencia indiscriminada en las mismas.

En este sentido, la AEPD<sup>24</sup> propone a las Administraciones e instituciones públicas distintas recomendaciones<sup>25</sup> cuyo objetivo es proteger los datos de carácter personal de los ciudadanos. Y lo hace con el ánimo de proteger el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona o, como dice la STC 292/2000 en su fundamento jurídico 5, la libertad informática, esto es, el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (*habeas data*),

<sup>24</sup> AEPD: «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online», [http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/est\\_inteco\\_reddesso\\_022009.pdf](http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/est_inteco_reddesso_022009.pdf)

<sup>25</sup> Así, a modo ejemplificativo, sugiere que las autoridades competentes elaboren informes, recomendaciones y dictámenes públicos sobre la materia; que se instrumenten sanciones (o se refuercen las existentes) para aquellas plataformas o usuarios que compartan u obtengan información de forma ilegal; que trabajen en favor de un derecho internacional homogéneo en materia de protección de datos personales, honor, intimidad y propia imagen; que se promuevan mecanismos eficaces y eficientes respecto a la posibilidad de bloquear el acceso a la plataforma *on-line*; que se forme de manera específica en derecho tecnológico a jueces, magistrados, forenses, fiscales y secretarios judiciales; que se dote a las brigadas tecnológicas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto estatales y autonómicas como internacionales, de herramientas tecnológicas que les permitan investigar, mantener la cadena de custodia de las pruebas electrónicas y bloquear situaciones que pudieran ser susceptibles de delitos y/o perjudiciales para los usuarios de redes sociales; que se realicen campañas de concienciación sobre los riesgos de la difusión de datos personales en las redes sociales; o que se incluyan en los planes oficiales de estudio el conocimiento de aspectos relacionados con la seguridad de las tecnologías de la información y la protección de datos personales fomentando la formación específica en este campo.

comprendiendo, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención. Se trata de un derecho que excede del ámbito del derecho fundamental a la intimidad y que, a diferencia de aquel –con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar–, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación se establece en la ley.

En realidad, el objeto del derecho a la protección de datos alcanza a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a nuestros derechos, sean o no fundamentales. En consecuencia, que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. Entendemos que, lo expuesto evidencia los riesgos que para este derecho, con base en el artículo 18.4 de nuestra Constitución, tienen las redes sociales, que se basan en la publicación, por parte de los usuarios, de información y datos personales.

De hecho, dada la gran cantidad de datos personales que los usuarios publican en sus perfiles, estos se convierten en auténticas *identidades digitales* que facilitan un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias y hábitos del usuario. Además debe considerarse que durante la prestación de estos servicios se recopilan datos, como la dirección IP, que se utilizan para segmentar la publicidad que se dirige a los distintos tipos de usuarios, así como aumentar el grado de contacto entre los usuarios registrados. En este sentido, según la propia AEPD, entre los datos personales que en el contexto de las redes sociales pueden llegar a identificar a las personas, se encuentra, entre otros, la dirección IP, que puede posibilitar que los proveedores de acceso a internet y los administradores de redes locales puedan identificar por medios razonables a los usuarios de internet a los que han asignado dichas direcciones, pues registran sistemáticamente en un fichero la fecha, la hora, la duración y la dirección IP dinámica asignada al usuario de internet. Lo mismo puede decirse de los proveedores de servicios de internet que mantienen un fichero registro en el servidor HTTP.

De esta forma, y teniendo en cuenta los principios básicos dispuestos en la normativa vigente, la protección de datos personales debe ser especialmente atendida por parte de todo proyecto relacionado con el mundo de las redes sociales y sitios webs colaborativos, donde el tratamiento de información personal es el elemento clave para su funcionamiento. La AEPD reconoce y recoge una serie de posibles riesgos para los datos personales de los usuarios de redes sociales y lo hace bajo la presunción de que «generalmente la configuración por defecto de sus servicios suele ofrecer una estándar bajo de privacidad»<sup>26</sup>; además, como el consentimiento que presta el usuario

<sup>26</sup> AEPD: «Estudio sobre (...)», *op. cit.*, pág. 109.

es válido en el momento en que decide aceptar la política de privacidad y condiciones de uso de la plataforma que constan en el formulario de registro, se debe estar muy atento a su contenido y consecuencias. Evidentemente, esto no obsta a que resulte exigible que las políticas de privacidad deban ser transparentes, accesibles y claras, pero ¿no les parece que si un ciudadano se está relacionando con una Administración pública a través de las redes sociales, su umbral de preocupación respecto a la difusión de sus datos es sensiblemente inferior a si se relaciona con otro actor? Como ciudadanos, podemos pensar que no existe inconveniente en proporcionar (de nuevo) ciertos datos que la Administración ya posee o podría poseer, y ello sin percibir que esos datos, en estos casos, se convierten también accesibles a los titulares de las plataformas a través de las cuales estamos actuando, situación que no debería producirse. ¿Nos informa la Administración al respecto, tal y como solicita la AEPD? ¿O más bien al contrario, que la relación sea con las Administraciones nos hace confiarnos y ser más vulnerables?

En todo caso, los usuarios debemos valorar siempre qué tipo de datos proporcionamos a la plataforma, ya que no tiene la misma trascendencia el tratamiento por parte de la plataforma de los datos de carácter personal de nivel básico (nombre, dirección, teléfono, etc.) que otra información de contenido más sensible (nivel de renta, solvencia, recibos, afiliación sindical o política, salud, vida sexual, etc.), donde el nivel de protección y concienciación por parte del usuario deberá ser mucho mayor, dado que se trata de derechos pertenecientes a la esfera más íntima de su vida. Por otra parte, en muchos casos, aunque las redes sociales y plataformas colaborativas dispongan de avisos legales, condiciones de uso y políticas de privacidad, en ocasiones están redactadas en un lenguaje de difícil comprensión para el usuario, lo que provoca que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcancen su finalidad última: que el usuario comprenda el objeto, la finalidad y el plazo para el que son recabados y tratados sus datos personales.

Otra cuestión relevante en la materia es la de si, dado que generalmente nos encontramos ante plataformas de carácter transnacional, cuya sede está fuera de la UE, les puede resultar de aplicación la normativa estatal o, incluso, comunitaria. En este sentido, como explica De Miguel Asensio<sup>27</sup>, la interpretación del artículo 4 de la Directiva 95/46/CE, relativa al tratamiento de datos personales (que tiene su reflejo en el artículo 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal), ha sido fuente de intensa polémica en relación con las actividades desarrolladas a través de internet. Las dudas se generan, fundamentalmente, en torno a la labor de supervisión que las autoridades de protección de datos de Estados miembros de la UE vienen desempeñando para velar por la aplicación de la legislación respecto de los grandes prestadores de servicios de la sociedad de la información, para los cuales el tratamiento de datos personales constituye un activo fundamental determinante de su principal fuente de ingresos vía publicidad. De hecho, el problema se plantea de forma particular –y así se observa en la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia mediante Auto de 27 de febrero de 2012, respecto de la aplicación de la legis-

<sup>27</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2012). «Entretenimiento en línea y protección de los consumidores». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 15, págs. 17-30, UOC. <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-de-miguel/n15-de-miguel-es>

lación europea en materia de protección de datos a prestadores de servicios cuyo establecimiento principal se encuentra fuera de la UE—. Ciertamente, apunta De Miguel, tratándose de las actividades de un prestador de servicios que tiene decenas de millones de usuarios en la UE, que dirige sus servicios (entre otros) a los países de la UE, que ofrece espacios publicitarios específicamente dirigidos a anunciantes interesados en comercializar sus productos o servicios en países de la UE, y que dispone de establecimientos en Estados de la UE dedicados a la comercialización de servicios esenciales para la rentabilidad del buscador, parece razonable que quede sometido a la legislación de la UE en materia de datos personales. Cualquier otro resultado menoscabaría gravemente la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y constituiría una discriminación intolerable para los prestadores de servicios establecidos en la UE que favorecería la deslocalización de estos servicios a países con un marco menos estricto en materia de protección de datos (o incluso carentes de cualquier regulación en la materia).

De hecho, lo lógico sería modificar los criterios que delimitan la legislación europea que sería de aplicación no a quienes tengan establecimiento en la UE, sino a quienes tengan una presencia significativa en el mercado de la UE. Así, por ejemplo, pese al carácter en principio menos riguroso de la legislación de Estados Unidos en materia de datos personales, cabe apreciar cómo las iniciativas de las autoridades estadounidenses parecen condicionar en mayor medida la evolución de las prácticas —también en el mercado europeo— de los principales operadores en la materia, ante las carencias de una efectiva aplicación de la legislación europea. A este respecto, cabe reseñar la propuesta de acuerdo de transacción entre la Federal Trade Commission (FTC) y Facebook de 29 de noviembre de 2011<sup>28</sup>. La propuesta tiene un singular valor como compromiso llamado a condicionar el abandono por Facebook de ciertas prácticas consideradas particularmente lesivas en materia de protección de datos. En este contexto reviste también especial interés el informe de auditoría en materia de protección de datos de Facebook Ireland Ltd., publicado el 21 de diciembre de 2011 por el comisario de protección de datos de Irlanda. El particular interés de este informe desde la perspectiva española y del conjunto de la UE se vincula con la circunstancia de que los usuarios de Facebook residentes en cualquier Estado miembro de la UE al aceptar las condiciones de uso de Facebook quedan vinculados contractualmente con Facebook Ireland Ltd., y no con Facebook Inc., según esas condiciones.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos tratado de exponer a lo largo del trabajo, consideramos que la creación del perfil de una Administración pública en una red social se produce, al igual que en el caso de cualquier particular o persona jurídica, mediante un contrato de adhesión.

Además, consideramos que dicho contrato tiene carácter administrativo pues su aparente gratuidad —motivo que podría permitirnos dejarlo al margen de su inclusión en el TRLCSP— no es

<sup>28</sup> <http://www.ftc.gov/os/caselist/0923184/111129Facebookagree.pdf>

tal. Bajo esa presunta gratuidad, tal y como se ha expuesto en las páginas precedentes, se oculta, en realidad, un contrato oneroso ya que, si bien la Administración pública no desembolsa precio alguno por el registro en la plataforma y la posterior creación de su perfil, las empresas detentadoras de las mismas sí están obteniendo un beneficio económico. El acceso a esos perfiles creados por las distintas Administraciones públicas posibilita que los propietarios de las redes sociales obtengan datos sobre innumerables ciudadanos y que toda esa información se traduzca, vía publicidad, en rentabilidad económica. No es el único ejemplo –algunos se han aportado en el trabajo– en el que un contrato en el que participa la Administración se considera oneroso, pese a que esta no tenga que desembolsar ninguna cantidad económica.

Así las cosas, entendemos que nos encontramos ante un contrato oneroso que debería someterse a los procedimientos de contratación establecidos en el TRLCSP, cosa que no sucede. Por tanto, desde nuestra perspectiva, este tipo de contratos vulnera la legalidad vigente, lo que supondría la nulidad de pleno derecho de los mismos. Tal vez se debería buscar una fórmula legal que posibilitara su incardinación en el actual marco normativo.

Por otra parte, nos planteamos qué valor añadido aporta una red social a la actividad administrativa si consideramos que las Administraciones ya suelen contar con sus propias páginas webs que gestionan directamente, sin depender de intermediarios. Nuestra opinión es que esa aportación es mínima, por no decir inexistente.

En contrapartida, consideramos que esa presencia sí acarrea múltiples desventajas: en estos casos no es la Administración la que custodia los datos de los administrados; no se puede autenticar la identidad de los internautas; existe mayor riesgo de vulnerar el derecho a la protección de datos de carácter personal; etc. Entendemos que, ante este panorama, la Administración debería optar por usar el medio más garantista para el ciudadano. Después de comparar los portales institucionales y sedes electrónicas con los perfiles en las redes sociales no podemos sino reafirmarnos en que la red social es menos garantista y no aporta (casi) nada que no pudiera conseguirse por el otro medio apuntado, que, además, es más seguro. Por ejemplo, *el punto de acceso a la Administración española 060* cuenta con un apartado de foros en el que se pueden dejar opiniones, siendo dicho espacio (y los datos en él vertidos) custodiados por la propia Administración.

Toda innovación tecnológica conlleva un periodo de adaptación y prueba. Las redes sociales ya han pasado por esta etapa, siendo múltiples los estudios que han profundizado en dicha cuestión. Ahora somos conocedores de las ventajas e inconvenientes derivados de la utilización de estas plataformas y es el momento de decidir si es conveniente la presencia de la Administración en las redes sociales y, en caso de optar por una respuesta afirmativa, de regular normativamente el procedimiento de elección de la plataforma, sus contenidos, los servicios a prestar, las personas responsables de su gestión y los derechos de los internautas. Es decir, se deberían clarificar normativamente –no mediante meras guías internas– las reglas de juego y sus límites, ya que la actuación de la Administración se debe regir por principios garantistas para todos nosotros, los ciudadanos.

## Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online». [http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/est\\_inteco\\_redesso\\_022009.pdf](http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/est_inteco_redesso_022009.pdf)

– «Guía para el ciudadano: el derecho fundamental a la protección de datos». [http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA\\_CIUDADANO\\_OK.pdf](http://www.agpd.es/portalWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUDADANO_OK.pdf)

CONSEJO CONSULTIVO DE ASTURIAS. Dictamen 250/2011, de 21 de julio. [http://www.ccasturias.es/Documentos/2011/dictamen\\_0250-11.pdf](http://www.ccasturias.es/Documentos/2011/dictamen_0250-11.pdf)

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen de 4 de marzo de 1993, sobre pavimentación de la plazuela de la Trinidad y la calle Pelayo de Orense (procedencia de la Junta de Galicia). Fundamento jurídico 3. [http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo\\_estado&id=1992-1409](http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=1992-1409)

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA. Dictamen 47/2008, de 12 de marzo.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. [2012]: «Entretenimiento en línea y protección de los consumidores». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 15, págs. 17-30. UOC. <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-de-miguel/n15-de-miguel-es>

FACEBOOK. Condiciones legales. <http://es-es.Facebook.com/legal/terms>

– Política de uso de datos. <http://es-es.Facebook.com/about/privacy/your-info>

FEDERAL TRADE COMMISSION. Acuerdo con Facebook. <http://www.ftc.gov/os/caselist/0923184/111129Facebookagree.pdf>

GENERALITAT DE CATALUNYA. «Guía de usos y estilo en las redes sociales». [http://www.gencat.cat/web/meugencat/documents/guia\\_usos\\_xarxa\\_es.pdf](http://www.gencat.cat/web/meugencat/documents/guia_usos_xarxa_es.pdf)

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE CANARIAS. Informe 8/2009, de 24 de septiembre, sobre procedimiento de selección de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. [http://www2.gobiernodecanarias.org/hacienda/media/dgpatrimonio/Inf%2009-08%20Procedimiento%20Selecci%C3%B3n%20Mutuas\\_tcm15-5794\\_tcm58-10728.pdf](http://www2.gobiernodecanarias.org/hacienda/media/dgpatrimonio/Inf%2009-08%20Procedimiento%20Selecci%C3%B3n%20Mutuas_tcm15-5794_tcm58-10728.pdf)

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. Informe 19/2011, de 6 de julio, sobre calificación jurídica de un contrato administrativo para la instalación de televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios. [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02\\_Informes\\_Actuaciones/INFORME%2019-2011%20TELEVISIONES.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME%2019-2011%20TELEVISIONES.pdf)

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Informe 5/2011, de 16 de noviembre, sobre admisión o rechazo de proposición con importe cero. [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=PCON\\_InfoAdmin\\_FA&cid=1142665804711&pageid=1232500885759&pagename=PortalContratacion%2FPCON\\_InfoAdmin\\_FA%2FPCON\\_fichaJuntaConsultiva admite](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=PCON_InfoAdmin_FA&cid=1142665804711&pageid=1232500885759&pagename=PortalContratacion%2FPCON_InfoAdmin_FA%2FPCON_fichaJuntaConsultiva admite)

MOYA, E.: «La Administración pública en las redes sociales, ¿una Administración paralela?». [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1142682419444&es.Articulo=true&idRevistaElegida=](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142682419444&es.Articulo=true&idRevistaElegida=)

*1142677922044&language=es&pag=3&pagename=RevistaDatosPersonales%2FPage%2Fhome\_RDP  
&siteName=RevistaDatosPersonales*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *<http://www.rae.es/rae.html>*

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 19 de octubre de 1981; 28 de noviembre de 1981; 14 de julio de 1982; 11 de marzo de 1985; 26 de noviembre de 1985; 17 de julio de 1999; 21 de marzo de 2003; y 11 de junio de 2003.