

CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD EN LAS
REDES SOCIALES: ESPECIAL REFERENCIA A TIKTOK

*THE CONSENT OF MINORS ON SOCIAL NETWORKS: SPECIAL
REFERENCE TO TIKTOK*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 580-609

Jesús Daniel
AYLLÓN
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El uso masificado de las redes sociales trae consigo una ingente cantidad de consecuencias jurídicas tanto en el ámbito del derecho de los contratos, como en materia de protección de datos, así como en el ámbito del derecho de los consumidores. Más de la mitad de la población mundial hace uso de este tipo de plataformas digitales y, en especial, un colectivo que merece una especial protección por parte de los legisladores: los menores de edad. Tras un análisis de la normativa aplicable a los menores de edad en las redes sociales se hace alusión, de una manera más tangible, al uso de la red social de TikTok por este colectivo.

PALABRAS CLAVE: Redes sociales, consentimiento contractual, protección de datos, menores de edad, consumidor vulnerable.

ABSTRACT: *The massive use of social networks brings with it a huge number of legal consequences both in the field of contract law, as well as in terms of data protection, as well as in the field of consumer law. More than half of the world's population makes use of this type of digital platform and, especially, a group that deserves special protection from legislators: minors. After an analysis of the regulations applicable to minors in social networks, an allusion is made, in a practical way, to the use of the TikTok social network by minors.*

KEY WORDS: *Social networks, contractual consent, data protection, minors, vulnerable consumer.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REDES SOCIALES Y LOS MENORES DE EDAD.- 1. Concurrencia de normativas: Derechos de los contratos, de protección de datos y de consumo (CC, RGPD y TRLGDCU).- 2. Normativa contractual: consentimiento contractual.- 3. Normativa de protección de datos: El consentimiento en el RGPD y LOPDGDD.- 4. Especial referencia al consentimiento del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM).- 5. Normativa de Consumo: el menor como consumidor vulnerable.- III. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.- IV. LOS MENORES DE EDAD Y LA RED SOCIAL TIK TOK.- 1. Calificación del contrato de usuario.- 2. Concurrencia de consentimientos de los menores en las RRSS.- 3. El tratamiento de datos de los menores en TikTok.- A) Los datos tratados por TikTok.- B) La nulidad del consentimiento para el tratamiento de datos.- C) ¿ Subsistencia del contrato de usuario con TikTok sin la cesión de datos personales?.- 3. Mecanismos de control sobre la prestación del consentimiento de los menores para una protección eficaz del interés superior del menor.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El uso hiperbolizado de las Redes Sociales por más de la mitad de la población mundial hace que nos planteemos el estudio del régimen jurídico de estas plataformas digitales y las repercusiones que su uso tienen en la esfera privada de las personas, tanto en ámbito del Derecho de los contratos, como en el Derecho de consumo, así como en la afectación a los Derechos de la personalidad de sus usuarios.

Dentro de los usuarios de las Redes Sociales tiene cabida un colectivo que merece una especial protección, el de los menores de edad.

La omnipresencia de internet ha determinado que los menores de edad incorporen las nuevas tecnologías a su vida cotidiana, lo que les hace verdaderos titulares de lo que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales (LOPDGDD, en adelante) ha denominado Derechos Digitales. Además, han incorporado el internet a sus vidas desde edades muy tempranas para desplegar una cantidad ingente de actividades que contribuyen al desarrollo de su personalidad. El entorno virtual se ha convertido en el medio por excelencia de los menores de edad, siendo parte integrante de su vida¹. La forma en la que los menores se desenvuelven en Internet y, por ende, en las redes sociales, determina una mayor facilidad en lo que se

¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, Editorial Aranzadi (BIB 2016\85671).

• **Jesús Daniel Ayllón García**

Doctor en Derecho. Universidad de Cantabria
ayllonjd@unican.es

refiere a la vulneración de algunos de sus Derechos, como sería el de la protección de datos de carácter personal, su honor, intimidad o propia imagen.

Es por ello por lo que hoy se afirma que los menores están creciendo en la red y se habla de crecimiento virtual, identidad virtual o digital, o de biografía digital².

Precisamente, sobre estas cuestiones nos vamos a detener en las siguientes páginas. Empezaremos haciendo referencia de un modo genérico a lo que hemos denominado el régimen jurídico de las redes sociales, con una especial referencia a los menores de edad, abordando cuestiones como la concurrencia de distintos tipos de consentimiento; se hará alusión a la discutida cuestión en torno a si los datos personales pueden considerarse como contraprestación no dineraria en el entorno digital; y se terminará haciendo referencia expresa a las relaciones jurídicas (sobre todo contractuales y en materia de protección de datos) de los menores de edad con una de las redes sociales que más ha crecido desde que comenzó la pandemia de la Covid-19; la red social TikTok, desde una perspectiva más práctica.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REDES SOCIALES Y LOS MENORES DE EDAD

El 55,1% de la población mundial ya es usuaria activa de las redes sociales. Esto supone que más de 4.300 millones de personas en todo el mundo emplean ya de forma habitual una red social³, ya sea Facebook⁴, YouTube⁵, WhatsApp⁶, FB Messenger⁷, Instagram⁸ o TikTok⁹ entre otras muchas¹⁰, tal y como se dispone en el Informe Digital 2021¹¹, que recoge los datos relativos a los usuarios de redes sociales a nivel mundial a fecha de enero de 2021.

2 LAGE COLETO, M. "Integración social de los menores a través de internet", en AA.VV., *Menores e Internet*, (dir. por L. BURGUERA AMEAVE, K. PAUL LARRAÑAGA, G. SUAREZ PERTIERRA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 118.

3 <https://www.trecebits.com/2021/04/27/usuarios-de-redes-sociales-en-el-mundo-abril-2021/> (consultado el 24/10/2021).

4 2.740 millones de usuarios (enero de 2021).

5 2.291 millones de usuarios (enero de 2021).

6 1.200 millones de usuarios (enero de 2021).

7 1.300 millones de usuarios (enero de 2021).

8 1.221 millones de usuarios (enero de 2021).

9 689 millones de usuarios (enero de 2021).

10 Snapchat, Telegram, QQ, Pinterest, Twitter, WeChat u otras plataformas.

11 Puede consultarse en <https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-2021-espana/> (consultado el 24/10/2021)

En España hay más de 46 millones de usuarios en redes sociales, de los cuales 2,4 millones de usuarios son menores de edad de entre 13 y 17 años¹². Tal magnitud de usuarios de redes sociales merece una especial atención, ya que este colectivo presenta unas características que lo hacen merecedor de una especial protección en esta materia, al igual que en el resto del ordenamiento jurídico, debido a que si bien ostentan la madurez suficiente para ingresar en una de estas plataformas (ex arts. 162 y 1263 CC), quizás no tengan la plena consciencia de cuáles son las consecuencias, por ejemplo, de ceder el uso de sus datos de carácter personal (o para aquellos fines para los que los ceden) o de colgar una imagen o un video (también considerados datos personales) que pueda afectar a su Derecho al honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, o al derecho a la protección de datos; Derechos todos ellos dotados de autonomía propia¹³ aunque se regulen en un mismo precepto constitucional (art. 18 CE) y calificados como Derechos de la Personalidad.

Por todos es sabido que para acceder a cualesquiera de las redes sociales que se han mencionado (Facebook, Instagram, LinkedIn, Twitter, TikTok...) es necesario registrarse previamente rellenando un breve formulario y haciendo "click" en la resonada casilla que reza lo siguiente (o similar) "acepto los términos y condiciones de servicio y de privacidad"; acción esta última que la mayor parte de los usuarios marca sin ni si quiera haberse detenido a leer dichas condiciones.

Pues bien, a lo largo de las siguientes líneas, pretendemos analizar de manera crítica cuales son las relaciones jurídicas y las consecuencias que se derivan del registro en una red social, así como cuáles son las derivaciones de aceptar las políticas de privacidad sin haberlas leído previamente. Para ello, haremos un análisis general, pero centrándonos, sobre todo, en el ámbito de los menores de edad, por ser el colectivo más vulnerable y el que más utiliza estas plataformas digitales, sobre todo, desde la llegada de la pandemia de la Covid-19.

1. Concurrencia de normativas: Derechos de los contratos, de consumo y protección de datos (CC, TRLGDCU y RGPD)

Como comentábamos, previamente a acceder a una red social es necesario realizar un registro con unos datos básicos (rellenar datos de usuario como el nombre, correo electrónico, número de teléfono, ubicación...) y aceptar los términos y condiciones de servicio y de privacidad de la respectiva red social.

Ya adelantamos que en la mayor parte de las ocasiones, los usuarios de las redes sociales aceptan los términos y políticas de privacidad impuestos por

¹² Informe Digital 2021, disponible online en <https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-2021-espana/> (consultado el 24/10/2021)

¹³ STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292).

las empresas que las gestionan sin llevar a cabo una lectura detenida, o sin ni siquiera leerlos, y, por tanto, sin detenerse a reflexionar acerca de los problemas legales que puedan derivarse de estas actuaciones¹⁴. La consecuencia directa de aceptar dichos términos y condiciones sin haberlos leído es que, desde el punto de vista estrictamente civil, desde que hemos consentido al hacer el click en la casilla correspondiente, quedamos vinculados a ese consentimiento ya que, si no lo hemos leído voluntariamente, habremos incurrido en negligencia¹⁵, pero no en vicios del consentimiento. Otra cuestión diferente, que trataremos más adelante, es que esos términos y condiciones no cumplan, con independencia de si los hemos leído o no, los estándares legales que prevé el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD, en adelante) y que, por ello, puedan ser declarados nulos, pudiendo llegar a ser también nula la relación contractual en determinadas situaciones.

Lo que en un principio puede parecer un mero formulario sin demasiada importancia, conlleva aparejadas consecuencias jurídicas de diferente índole.

De este modo, habría que diferenciar, de un lado, el consentimiento contractual; de otro lado, el consentimiento a efectos de ceder el uso de los datos de carácter personal; y, finalmente, habría que tener en cuenta también algunas disposiciones en materia de consumo, pues el usuario no deja de ser un consumidor de las redes sociales.

2. Normativa contractual: consentimiento contractual

En materia de Derecho contractual, la relación que se instituye entre el usuario y la red social es de naturaleza contractual y, por tanto, jurídicamente vinculante¹⁶.

Las empresas que gestionan las redes sociales distinguen entre lo que se denomina "Servicio", en referencia a las prestaciones que se obligan a realizar en cumplimiento del contrato; y lo que denominan "Contenido", en alusión a la información y material que el usuario registrado publica en el uso de los servicios que se le prestan¹⁷.

14 SÁNCHEZ CANO, M.J., y ROMERO MATUTE, Y., "El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, p. 1140.

15 AYLLÓN GARCÍA, J.D., "Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección *Derecho Digital*, A fondo, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5665/2021).

16 Puede consultarse, a modo ejemplificativo https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?_10es_ES, <https://twitter.com/es/tos> (consultado el 28/10/2021)

17 SÁNCHEZ CANO, M.J., y ROMERO MATUTE, Y., "El régimen jurídico...", cit., p.1141.

Puesto que estamos hablando de una relación contractual, en la misma han de concurrir los elementos esenciales de un contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC); deteniéndonos ahora, de manera exclusiva, en el consentimiento.

Para que exista un consentimiento válido, la legislación civil requiere que quien lo presta tenga la capacidad suficiente (lo que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio¹⁸, se conocía como capacidad de obrar plena) que es la aptitud que tienen todos los mayores de edad para la realización de actos jurídicos. Ahora bien, dicha capacidad no siempre es plena y, en algunas ocasiones, presenta limitaciones. En relación con las limitaciones legales de la capacidad, se sustentan en la edad (menores) y en las personas con discapacidad y, en ambos casos, se designará una institución jurídica para que complemente, asista y apoye en el proceso de toma de decisiones, siempre basados en la voluntad del curado. En este sentido hay que destacar que, con la última modificación normativa introducida por la Ley 8/2021 se instauran medidas de apoyo para las personas que requieran un complemento para alcanzar su capacidad plena, esto es, para los menores de edad y, sobre todo, para las personas que sufran de alguna discapacidad, ya que ahora, a estos últimos, ya no se les nombrará un representante legal directamente como se hacía anteriormente, sino un curador que le asista, puesto que esta nueva normativa contempla a las personas con discapacidad con los mismos derechos en la toma de decisiones que a los demás.

Además, en consonancia con la legislación civil, el consentimiento habrá de ser libre y consciente¹⁹, por lo que no será válido si concurre alguno de los vicios del consentimiento previstos en el art. 1265 CC (error, violencia, intimidación o dolo).

De este modo, toda persona mayor de edad, que no precise de un apoyo o complemento de su capacidad, podrá registrarse en una red social (formalizar un contrato con una red social) siempre y cuando medie su consentimiento en los términos indicados.

Ahora bien, ya hemos comentado que los menores de edad también son usuarios de las redes sociales y, según lo expuesto no pueden, en un principio, prestar el consentimiento contractual por sí mismos al no tener capacidad de obrar, sino que precisarán de la representación de sus progenitores ex art. 162 CC, a excepción de los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (se refiere al derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, puesto que ya

18 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE-A-2021-9233.

19 VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 77.

veremos que en relación a la protección de datos de carácter personal existe una normativa específica).

Sin embargo, en materia de consentimiento contractual no podemos quedarnos únicamente con este precepto, sino que el mismo hay que ponerlo en concordancia con el artículo 1263.I CC, que es el que realmente se encarga de regular el consentimiento contractual de los menores de edad cuando dispone que no podrán prestar el consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y "los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".

De esta suerte, dado que el registro en una red social puede considerarse un contrato de la vida corriente propio de su edad conforme a los usos sociales²⁰ (hemos señalado que, tan solo en España, ya hay más de dos millones de usuarios menores de edad de redes sociales), podemos afirmar que los menores de edad podrán formalizar por sí mismos el registro/contrato con las redes sociales siempre y cuando tengan la madurez suficiente, si bien deberán de cumplirse, como veremos a continuación, las exigencias establecidas por el RGPD y por la LOPDGDD en materia de consentimiento para el tratamiento de datos, con la posibilidad de su correspondiente revocación.

3. Normativa de Protección de datos: El consentimiento en el RGPD y LOPDGDD

Como venimos adelantando, hay que distinguir entre el consentimiento contractual a la hora de registrarse en una red social, del consentimiento que se presta para el tratamiento de los datos de carácter personal. Aunque en la práctica aparezcan de manera conjunta en la misma pantalla donde uno se registra, tienen consecuencias jurídicas diferentes y, sobre todo, se rigen por normas diferentes.

En relación con este consentimiento, el considerando 32 RGPD establece que "debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal". A modo ejemplificativo, el RGPD establece que esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de

20 TORAL LARA, E., "Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020, pp. 195-197.

tratamiento de sus datos personales²¹. Además, el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines, es decir, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.

De este modo el consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal es una manifestación de voluntad que ha de cumplir cuatro requisitos: ser libre, específico, informado e inequívoco.

En cuanto a “libre” se refiere a una elección y control reales por parte de los interesados. Si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o siente que sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido²².

En lo que se refiere a “específico”, se reseña que, si el consentimiento se presta para más de un fin, habrá que prestar un consentimiento distinto para cada concreto fin.

Respecto a “informado”, se exige un contenido mínimo que ha de ser dispuesto al usuario antes de prestar el consentimiento y ha de hacerse en un lenguaje claro y sencillo para que el mensaje sea entendido fácilmente por un usuario medio tal y como establece el artículo 12 RGPD. De este modo, los responsables del tratamiento de datos no pueden emplear largas políticas de privacidad que sean difíciles de entender o declaraciones repletas de jerga legal que no puedan llegar a ser comprendidas por un ciudadano medio²³. Ya adelantamos aquí que, a nuestro juicio, este es uno de los requisitos que no se suelen cumplir en la práctica.

Y, por último, en lo relativo a que la manifestación ha de ser “inequívoca”, se refiere a que ha de hacerse mediante una declaración o una clara acción afirmativa por parte del usuario, esto es, el titular de los datos ha de haber tomado una medida deliberada para dar su consentimiento al tratamiento de sus datos, tal y como se dispone en el considerando 32 RGPD, sin que ello suponga que el consentimiento haya de ser expreso en todo caso²⁴, pues nosotros nos decantamos

21 AYLLÓN GARCÍA, J.D., “Privacidad, smartphones...” cit. (LA LEY 5665/2021).

22 Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 6

23 VALDECANTOS, M., “El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos”, en *Actualidad Civil*, núm.º 5, Editorial Wolters Kluwer, 2018 (LA LEY 4467/2018).

24 En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 139/1994, de 26 de febrero (recurso 478/1991) establece que la aceptación ha de ser, con independencia de la forma en que se manifiestan, en todo caso concluyente y definitiva para exteriorizar de forma inequívoca la voluntad de aceptar.

por la corriente que acepta el consentimiento tácito siempre y cuando se deduzca, de "facta concludentia", la intención de prestar dicho consentimiento²⁵.

Ahora bien, en materia de menores de edad, además de tener en cuenta lo señalado, hay que tener en cuenta una serie de disposiciones que tanto el RGPD como la LOPDGDD establecen específicamente para los menores de edad y que tiene la finalidad de darles esa súper protección que ya hemos tenido ocasión de señalar.

Si en materia de los Derechos personales del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y en materia de consentimiento contractual se tiene en cuenta el criterio de la madurez del menor, en materia de protección de datos, el legislador, tanto el europeo como el español, han optado por el criterio cronológico.

Si atendemos al art. 8 RGPD, será necesario que el menor de edad tenga, al menos 16 años para consentir por sí mismo el tratamiento de sus datos personales. En caso de ser menor de 16 años, se precisa la intervención preceptiva para el tratamiento de sus datos, o bien de sus progenitores o bien de sus representantes legales. No obstante, el RGPD da la opción a los Estados Miembros de establecer una edad inferior a los 16 años, pero nunca inferior a los 13, para que no sea necesario ese consentimiento de los progenitores o representantes legales y puedan ellos mismos consentir, todo ello en consonancia con el mayor reconocimiento que se quiere dar a la voluntad de los menores en la toma de sus decisiones. En relación con ello, la LOPDGDD ha hecho uso de esta facultad que le otorga el RGPD y ha establecido, en su artículo 7, una edad mínima de 14 años para que los menores de edad puedan prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de datos en España, siendo necesario el consentimiento de los progenitores o representantes legales únicamente para los menores de dicha edad.

En suma, en España, para que un menor de edad pueda consentir el tratamiento de sus datos de carácter personal por sí mismo, en virtud de la LOPDGDD en consonancia con el RGPD, tendrá que tener, al menos, 14 años. Por debajo de esa edad, el menor podrá formalizar todos aquellos contratos que conforme a los usos sociales le sean permitidos, si tiene la suficiente madurez para ello, pero necesitará la intervención preceptiva de sus progenitores o representantes legales para todas aquellas cuestiones relacionadas con la materia de protección de datos de carácter personal.

Este criterio cronológico ya había sido adoptado previamente en el mundo digital por algunas plataformas (como, por ejemplo, Facebook, siendo España el

25 BUSTOS PRETEL, G., "Novedades de la nueva LOPD", *Aranzadi digital* núm. 1/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2020.

único país en el que esta red social elevó la edad de 13 a 14 años para poder ser usuario)²⁶, no solo para consentir el tratamiento de datos personales, sino como un requisito imprescindible para poder acceder a las redes sociales.

4. Especial referencia al consentimiento del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM)

Además de los consentimientos previstos en los artículos 1263.I CC, 8 RGD y 7 LOPDGDD, nos encontramos con un régimen especial en relación al consentimiento prestado para la utilización de la imagen o nombre del menor (entendemos que también extensible a la protección de sus datos puesto que la imagen y el nombre son considerados también datos personales) aplicable a los medios de comunicación y previsto en la LOPJM.

La LOPJM dota, en este sentido, de una superprotección al menor de edad en cuanto a los medios de comunicación se refiere al establecer que, con independencia de que el consentimiento haya sido prestado por el menor maduro (o válidamente prestado por sus representantes legales cuando proceda), este será inválido (nulo) si la utilización de la imagen o nombre del menor le puede resultar perjudicial a instancia del Ministerio del Fiscal, que ostenta una legitimación independiente a la de los progenitores del menor en cuestión y que podemos llegar a entender que, en cierta medida, colisiona con el principio de capacidad del menor²⁷ y con esa mayor importancia que se le quiere dar a la voluntad del menor en la toma de sus propias decisiones.

Ahora bien, esta normativa resulta aplicable, tal y como hemos mencionado, a los medios de comunicación, pero entendemos que es extensible también a las redes sociales que estén configuradas con acceso abierto o masivas (o en otras palabras, redes sociales con perfil público), desde el momento en el que la visita al perfil de la red social del menor puede equipararse a la difusión que se produce en los medios de comunicación si llega, por ejemplo, a hacerse un perfil viral o, al menos, una publicación viral o “trending topic”²⁸. La Agencia Estatal de Protección de Datos entiende en este mismo sentido que cuando se facilita el acceso al perfil a todos los miembros del servicio (perfil público), o cuando los datos son

26 BUENO DE MATA, F.; YAMEL MUNIVE CORTÉS, E.; y MARTÍN RUANI, F., “Estudio comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, núm 6, I, 2014, p. 33.

27 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Editorial Thomson Aranzadi, 2007, p. 248.

28 El TJUE considera que no puede considerarse tratamiento de datos de naturaleza privada el que tenga por objeto una red social totalmente pública, por lo que resultan aplicables las reglas tanto de la LOPDGDD como de la LOPJM en relación con los medios de comunicación, pues en este caso no cabe duda de que las redes sociales con perfil público son equiparables a los medios de comunicación. (STJUE, Pleno, de 6 de noviembre de 2003. Asunto C-101/2001: Bodil Lindqvist ECLI:EU:C: 2003:596).

indexables por los motores de búsqueda (como puede ser Google, Bing o Yahoo, por ejemplo), el acceso sale de la esfera personal o doméstica²⁹ y, es por ello por lo que se pueden asemejar los medios de comunicación a las redes sociales con perfil público.

Hasta este momento hemos visto cómo lo que parecía un simple formulario de registro en una red social, contiene numerosas cuestiones jurídicas de diferente índole. Así, en el registro de una red social hay que atender a la normativa propia del consentimiento contractual (arts. 162 y 1263 CC), del consentimiento en materia de protección de datos (arts. 7 LOPDGDD y 8 RGPD) y del consentimiento regulado en la LOPJM, en este último supuesto, solo cuando intervengan menores de edad.

5. Normativa de Consumo: el menor como consumidor vulnerable

Por último, queremos hacer alusión a la relación entre el menor de edad y la normativa de consumidores ya que, los usuarios de redes sociales, ya sean mayores o menores de edad, son considerados como consumidores y usuarios de estas plataformas digitales por nuestra legislación³⁰.

En la mayor parte de las ocasiones, los menores de edad, debido a su falta de experiencia (e incluso los adultos, debido a su falta de conocimientos en materia contractual y de consumo), formalizan contratos no negociados individualmente, celebrados a través de plataformas digitales o marketplaces; contratos como, por ejemplo, el resultado del registro en una red social, que el consumidor no percibe como tales, sino meramente como un acceso gratuito a bienes o servicios digitales³¹.

De este modo, son dos cuestiones las que hemos de analizar para determinar cuál es la normativa aplicable a la protección de los menores de edad en las redes sociales en materia de consumo.

En primer lugar, defendemos que el TRLGDCU es plenamente aplicable a las redes sociales, pues a través del RDL 7/2021 (con entrada en vigor en enero

29 Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre redes sociales en línea. Disponible online en https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wpl63_es.pdf (consultado el 23/10/2021).

30 Así quedó constatado en la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

31 GARCÍA PÉREZ, R.M: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 1, 2020, p. 876.

de 2022)³² se amplía el ámbito de aplicación de esta normativa a los bienes con elementos digitales y a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, entendiendo que las redes sociales, entre otras transacciones, suministran dichos “contenidos” y “servicios” digitales, con las peculiaridades ya señaladas³³.

La segunda cuestión requiere de un mayor análisis. Hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, se puede decir que los menores de edad no estaban protegidos como consumidores a través del TRLGDCU con un estatuto jurídico propio³⁴, pues su artículo 3 hacía referencia al consumidor como “las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Este concepto de consumidor o usuario parecía ir referido tanto a mayores como a menores de edad, por lo que no existía una especial protección del menor como en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que tenía la misma protección que los adultos sin tener en consideración sus necesidades concretas. Ante la inexistencia de un estatuto jurídico específico del menor consumidor era necesario recurrir a las normas generales en materia de capacidad, recogidas en el ya citado art. 1263 CC. Sin embargo, tras la entrada en vigor del RDL 1/2021, se ha introducido el concepto de consumidor vulnerable. El segundo apartado del art. 3 TRLGDCU establece que “Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”. Pese a que los términos empleados en este precepto son abiertos, imprecisos, genéricos, que no definen lo que es un consumidor vulnerable, ni dan claves para su identificación³⁵ (deberá de desarrollarse jurisprudencial o reglamentariamente), entendemos que los menores de edad pueden considerarse consumidores vulnerables y, por tanto, que tienen un estatuto jurídico propio. A esta conclusión llegamos a través de una interpretación auténtica, pues ha sido el

32 Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

33 SÁNCHEZ CANO, M.J., y ROMERO MATUTE, Y., “El régimen jurídico...”, cit., p.1141.

34 NAVARRO MENDIZÁBAL, I., “La protección del consumidor menor de edad”, (coord. por I.E. Lázaro González, I.V. Mayoral Narros), *Infancia, publicidad y consumo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, p. 146-147.

35 GARCÍA HERNANDO, J.A: “La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL1/2021”, *Diario La Ley*, núm. 9858, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5306/2021).

propio legislador a través de la exposición de motivos quien ha establecido una relación, *numerus apertus*, de circunstancias personales, económicas, educativas o sociales que pueden considerarse para establecer la condición o no de vulnerable de un consumidor, entre las que se encuentran la edad. Quizás hubiera sido más acertado plasmarlo en el propio articulado siguiendo, por ejemplo, los modelos madrileño³⁶ y catalán³⁷, donde contemplan expresamente a los menores de edad como unos consumidores sujetos a una especial protección.

No obstante, que antes de esta reforma el menor no tuviese un estatuto jurídico propio en materia de consumo, no quiere decir que no se le protegiese como consumidor pues, aparte de que ya apuntamos que el artículo 3 TRLGDCU amparaba tanto a menores como mayores de edad, el menor viene actuando, sobre todo desde la era digital, como parte contractual de relaciones jurídicas, que en la mayoría de los casos podrían calificarse como relaciones jurídicas de escasa cuantía. Esto es lo que, en palabras de Morillas Fernández, podría denominarse como “emancipación social” del menor como consumidor: el menor de edad que consume de forma habitual y lo hace directamente, adquiriendo todo tipo de bienes y servicios, es una realidad que se da todos los días en nuestra sociedad desde hace tiempo³⁸.

Por lo tanto, en materia de redes sociales y menores de edad, además de la normativa en materia contractual del Código Civil y de la normativa de protección de datos, no podemos olvidarlos de la normativa propia del derecho de consumo, con la especial referencia al reciente concepto de consumidor vulnerable que hemos apuntado.

III. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN

Los datos personales ya forman parte de nuestros Derechos Fundamentales de la personalidad desde el momento en el que la informática ha cambiado el modo de almacenar los ficheros y posibilita cruzar los datos en ellos almacenados de manera automatizada, debiendo quedar la información así obtenida en el ámbito de control de las personas afectadas ya que, de ese modo, el uso que pueda darse a esta información sobre las personas sería adecuado y respetuoso con sus derechos. Hasta ahora, en Europa, se ha centrado la preocupación relativa al tratamiento y circulación de datos a la protección de los derechos de la personalidad. Evidentemente, el objetivo inicial en la regulación de los datos no podía ser otro. Ahora, la nueva dimensión comercial que adquieren los datos

36 Art. 4 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

37 Art. 121-3 Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.

38 MORILLAS FERNÁNDEZ, M., “El menor como consumidor y su protección ante la publicidad televisiva”, *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (dir. por L. MORILLAS), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 721-722.

y la innovación que supone aplicar la inteligencia del dato a datos a gran escala, datos masivos, macrodatos o “big data”, hace necesario que se trate de regular y potenciar la denominada economía del dato³⁹ que, en pocas palabras y como conscientes que de una manera muy simplificada, se puede entender como aquella ciencia que entiende a los datos como verdaderos activos económicos.

En relación con la economía del dato o con la dimensión comercial de los datos, se viene planteando la cuestión de si es posible utilizar a los datos como la contraprestación dentro de un contrato oneroso.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado sentado que por remuneración no ha de entenderse únicamente una cantidad dineraria, sino también otros contenidos que representen valor económico para el prestador⁴⁰. La cuestión, por tanto, es determinar si los datos de carácter personal que un usuario de las redes sociales les cede a las mismas, puede tener un valor económico o no. En relación con esta discusión, entendemos que es innegable que el acceso online a bienes, contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales (también a cambio de publicidad, descuentos o ventajas adicionales...) es una realidad económica innegable que convive con el tradicional sistema de contratación de base monetaria⁴¹.

Sin embargo, no es doctrina pacífica el considerar a los datos como una contraprestación⁴². El Supervisor Europeo de Protección de datos, con ocasión de una opinión emitida sobre la decaída Propuesta de Directiva 634/2015⁴³, “advierde en contra de cualquier pronunciamiento en una norma europea que introduzca la idea de que las personas pueden pagar con sus datos personales del mismo modo que lo hacen con dinero”⁴⁴. Dicha opinión supuso un cambio significativo en el tenor literal de la Directiva 770/2019⁴⁵, traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto Ley 7/2021⁴⁶, si bien, únicamente, se trató de

39 VÁZQUEZ DE CASTRO, E: “Titularidad y responsabilidad en la economía del dato”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 46/2018 parte Estudios Jurídicos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. BIB 2018\7467.

40 STJUE, Sala Primera, de 19 de diciembre de 2013, Corman Collins SA vs. La Maison du Whisky SA: C/9-12 [ECLI:EU:C: 2013:860].

41 GARCÍA PÉREZ, R.M: “Bases jurídicas”, cit., pp. 876-877.

42 CASTILLO PARRILLA, J.A., “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *LA LEY mercantil*, núm. 82, Sección Consumo, Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 8528/2021).

43 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 634/2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales

44 Opinión SEPD 4/2017, on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital contents, de 14 de marzo de 2017.

45 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

46 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento

un cambio en el tenor literal y no tanto sustantivo, en tanto la transposición introdujo el término “datos personales como contraprestación” en el art. 119 ter. TRLDCU. Este artículo se refiere a la resolución del contrato y en él, como hemos mencionado, se reconoce el papel de los datos personales como contraprestación, viviendo a asimilarlos con el pago de un precio determinado. Del mismo modo, distingue esta disposición entre los datos personales y los datos y contenidos no digitales suministrados o creados por el usuario (de la red social en este caso) mediante el empleo de los servicios que se le prestan, siendo estos últimos restituibles al usuario cuando se ponga fin al contrato⁴⁷, disponibles en forma accesible y sin que puedan ser utilizados por los responsables de las redes sociales.

Otro sector doctrinal entiende que, el consentimiento del interesado-consumidor (ex art. 6 RGPD) es la base de legitimación del tratamiento de los datos y que, por ello, desde la óptica contractual, el contrato de suministro es gratuito, no oneroso, pero sujeto al cumplimiento, por parte del consumidor, de una condición de Derecho público: el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales; consentimiento que difiere del proporcionado al aceptar las condiciones y términos del servicio, el cual permanece dentro del contrato⁴⁸.

En consonancia con todo lo expuesto, tal y como mencionamos antes, debemos tener en cuenta que tanto los mayores como los menores de edad formalizan contratos no negociados individualmente celebrados a través de plataformas digitales; contratos, como el registro en una red social, que en la mayor parte de las ocasiones no perciben como tales, sino meramente como un acceso gratuito a bienes o servicios digitales, cuando en realidad es, según lo que hemos comentado hasta el momento y en consonancia con lo defendido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un contrato oneroso, cuya contraprestación no es económica, sino que consiste en la cesión y tratamiento de sus datos de carácter personal.

Como corolario, nosotros defendemos la postura de que los datos se han convertido en una auténtica contraprestación de naturaleza no dineraria, cuyo objeto principal es un bien dotado de una protección más que reforzada. Además, no podemos olvidarnos de las normas del Código Civil que establecen que el precio ha de ser cierto y en dinero “o signo que lo represente”; por lo tanto, nada impide que se permita que la contraprestación de un servicio pueda expresarse por medio de métodos distintos al dinero.

de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE-A-2021-6872.

47 GARCÍA HERNÁNDEZ, A: “Datos personales como contraprestación: consecuencias”, *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 2021, pp. 5-6.

48 MANKO, R. y MONTELEONE, S. *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, European Parliamentary Research Service, 2017, p. 8.

Y con esta premisa, extraída del art. 1445 C, en consonancia con el término “datos personales como contraprestación” del art. 119 ter TRLGDCU se deduce que el pago con datos personales constituye una auténtica contraprestación, dando lugar a verdaderos contratos onerosos y no a título gratuito como puede parecer a primera vista.

Lo hasta ahora tratado son algunas de las consecuencias jurídicas que conlleva el registro como usuario en una red social desde tres puntos de vista: desde el punto de vista del consentimiento contractual; desde el punto de vista de la normativa relativa a protección de datos de carácter personal y su tratamiento; y desde el punto de vista del derecho de los consumidores, todos ellos centrados en la figura del menor de edad.

A continuación, vamos a volcar sobre una red social concreta las consecuencias jurídicas que han sido apuntadas a lo largo de este trabajo; concretamente, veremos los efectos jurídicos que tiene que un menor de edad ingrese en la red social TikTok.

IV. LOS MENORES DE EDAD Y LA RED SOCIAL TIKTOK

Como consecuencia directa del uso hiperbolizado de las redes sociales que apuntábamos al comienzo de este trabajo, también es un hecho que las plataformas digitales donde compartir contenido audiovisual han experimentado un notable incremento de su uso en los últimos tiempos, sobre todo, a raíz de la pandemia de la Covid-19 y, mayormente, entre el colectivo más joven de nuestra sociedad; los menores de edad.

Una de estas plataformas digitales es la red social de TikTok donde sus usuarios pueden compartir vídeos de diferente índole acompañados de música, GIFs y efectos y donde, además, esos vídeos pueden ser originales o consistir simplemente en doblajes de audio que otros usuarios han subido previamente⁴⁹.

Al tratarse de una red social, tal y como hemos tenido ocasión de señalar, es necesario para su uso el registro en la aplicación web o móvil, lo que supone que el usuario que pretenda disfrutar de los servicios que proporciona TikTok debe aceptar las condiciones de servicio y de privacidad, lo que se traducía, tal y como se ha apuntado, en una auténtica relación de carácter contractual.

De este modo, al aceptar las condiciones de servicio y de privacidad, estamos formalizando un contrato con la plataforma TikTok, al igual que sucede con el resto de las redes sociales de este tipo (Facebook, Instagram, Twitter, etc.).

⁴⁹ Puede consultarse más información sobre el funcionamiento de esta Red Social en <https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy-eea?lang=es> (consultado el 09/11/2021).

Precisamente sobre las consecuencias jurídicas que tiene esta relación de carácter contractual es sobre las que nos vamos a detener a continuación.

En primer lugar, determinaremos qué tipo de relación contractual es, distinguiendo los distintos tipos de consentimientos que concurren en el íter de su perfeccionamiento, después analizaremos las cuestiones que se suscitan en torno al tratamiento de los datos personales de los menores de edad por parte de la plataforma TikTok; y terminaremos haciendo alusión a los posibles mecanismos de protección que pueden usarse para salvaguardar los derechos de los menores de edad en las redes sociales.

I. Calificación del contrato de usuario

Como venimos afirmando, la relación jurídica que se origina entre el usuario menor de edad y una red social, TikTok en este caso concreto, es de naturaleza contractual y, por tanto, jurídicamente vinculante.

Ahora bien, si damos un paso más allá de la mera calificación de relación contractual, entramos en el debate sobre si es un contrato lucrativo o si es un contrato de carácter oneroso. A primera vista, el menor hace uso de los servicios que le presta TikTok de manera gratuita, es decir, sin ningún tipo de contraprestación dineraria a cambio.

Sin embargo, ya apuntamos que cada vez es más habitual formalizar contratos que, aparentemente son percibidos como gratuitos para los usuarios⁵⁰ porque no les supone un sacrificio patrimonial monetario pero que, en el fondo, si que están, en este caso los menores de edad, cediendo sus datos y el tratamiento de estos como una forma de contraprestación a los servicios que le ofrece TikTok.

De este modo, si tenemos en cuenta que, por un lado, el artículo 1445 CC permite que el precio (la contraprestación en una transacción jurídica) sea o bien en dinero o bien en un signo que lo represente; por otro lado, que en virtud de la economía del dato se entiende que los datos tienen un valor económico y, por tanto, son un signo equivalente al dinero; y, por último, que los datos de carácter personal han sido calificados como el petróleo del S. XXI⁵¹ por su valor patrimonial para los prestadores de servicios, nos encontramos ante un contrato con un marcado carácter oneroso, donde la contraprestación son los datos de carácter personal que el menor facilita a cambio de los servicios que TikTok le ofrece.

50 GARCÍA HERNÁNDEZ, A: "Datos personales", cit., pp. 5-6.

51 DEL FRESNO GARCÍA, M: "Internet como macromedio: la cohabitación entre los medios sociales y medios profesionales", *Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 99, 2014, pp. 107-110.

2. Concurrencia de consentimientos de los menores en las RRSS

Tal y como hemos expuesto con anterioridad, es necesario diferenciar entre el consentimiento contractual para registrarse como usuario de una red social y el consentimiento para el tratamiento y la cesión de datos, más aún si estamos hablando de menores de edad que, como hemos visto, merecen una especial protección⁵². Por lo que es inevitable hablar en este tipo de relaciones contractuales de concurrencia de consentimientos.

Ahora bien, ya apuntamos que, el hecho de que exista concurrencia de consentimientos, no quiere decir que todos ellos deban prestarse del mismo modo y es aquí donde TikTok presenta ciertas discordancias con la ley, sobre todo, en materia de protección de datos, ya que en el ámbito del derecho contractual (el mero registro en la red social), el menor está legitimado en virtud de los arts. 162 y 1263.2 CC, en los términos ya señalados anteriormente, al considerarse que el registro en una red social por parte de un menor de edad es una transacción de la vida diaria y conforme a los usos sociales.

Además, en relación con los términos y condiciones de servicio, TikTok, en consonancia con la normativa en materia contractual y de consumidores, las presenta en diferentes formatos: uno en formato resumido con un lenguaje sencillo para el usuario medio; y otro más extenso y con mayores detalles para aquellos que así lo deseen consultar tanto de manera previa a registrarse como una vez registrados en la red social⁵³.

Será en el siguiente apartado donde analizaremos específicamente las discordancias que presenta TikTok en relación con la protección de datos de los menores de edad. Basta por el momento, a modo introductorio, con apuntar que en materia de protección de datos de menores de edad hay que tener en cuenta los arts. 8 RGPD y 7 LOPDGDD, así como la normativa general sobre los requisitos del consentimiento que ha de ser prestado para dichos fines.

3. El tratamiento de datos de los menores en TikTok

A) *Los datos tratados por TikTok.*

En relación con el tratamiento de datos por parte de TikTok, es necesario destacar que la propia red social informa sobre los distintos datos a tratar. De este modo, establece que almacena y trata, por un lado, los datos proporcionados por el usuario (fecha de nacimiento, nombre de usuario, dirección de correo

52 TORAL LARA, E., "Menores y", cit. pp. 199-202.

53 Pueden consultarse las condiciones de servicio de TikTok, que han sido actualizadas a fecha de 5 de octubre de 2021, en <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service?lang=es> (consultado el 10/11/2021).

electrónico y/o número de teléfono, contraseña, fotografías, vídeos, grabaciones de audio, transmisiones en directo, ubicación, mensajes directos y participantes en la comunicación, contactos, datos de compras...); por otro lado, recaba también datos de manera automática (datos técnicos como modelo de dispositivo desde el que se accede a la plataforma, sistema operativo, patrones o ritmos de pulsación de teclas, dirección IP e idioma del sistema, la manera de interactuar con los servicios prestados, objetos o imágenes de las grabaciones que hace el usuario, partes del cuerpo...); y, por último, también captan datos de otras fuentes (anunciantes y socios de medición y datos, datos de plataformas de terceros si se accede a TikTok a través de las mismas, socios de integración cuando se comparte contenido de TikTok en otra aplicación y otros datos derivados, por ejemplo, de la función “encontrar amigos”)⁵⁴.

Esos datos de carácter personal (nuestros vídeos, imágenes, la voz...) que estamos cediendo a TikTok al aceptar las condiciones de servicio y privacidad permiten a la red social utilizarlos para sus propios fines e, incluso, permite compartirlos o cederlos con terceros (socios, proveedores de servicios, socios publicitarios y entre el propio grupo empresarial de TikTok), tal y como puede consultarse en dichas condiciones⁵⁵.

Así, puede comprobarse cómo los datos que TikTok recaba sobre los usuarios, con independencia de que sean mayores o menores de edad, abarcan un amplio espectro de la vida diaria de sus usuarios, en nuestra opinión, mucho más allá de lo que tienen permitido, pues recordemos que pueden recabar datos para poder cumplir con los requisitos legales establecidos correspondientes y suministrar el servicio y, siempre y cuando no utilice los datos cedidos para otros fines, pues si se utilizan para otros fines, se precisará de un consentimiento específico y distinto para ello⁵⁶ y, ello no sucede en esta ocasión pues, como veremos, únicamente se presta un único consentimiento para el tratamiento de datos y sin distinguirlo del consentimiento contractual general; cuestión esta contraria a la ley y sobre la que nos detendremos a continuación.

B) La nulidad del consentimiento para el tratamiento de datos

Son dos los motivos por los que entendemos que el consentimiento prestado por los menores de edad para el tratamiento de sus datos personales en TikTok es contrario a la ley y, por tanto, debiera de declararse nulo.

54 La política de protección de datos puede consultarse en <https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy-eea?lang=es> (consultado el 11/11/2021) en el apartado “Que datos recabamos”.

55 <https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy-eea?lang=es> (consultado el 11/11/2021).

56 SÁNCHEZ LERÍA, R: “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”. *Revista de Derecho Patrimonial* num.45/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

En primer lugar, consideramos que es nulo porque es contrario a los artículos 8 RGPD y 7 LOPDGDD, en relación con los requisitos para que los menores presten el consentimiento para el tratamiento de sus datos. Recordemos que el art. 8 RGPD establece que será necesario que los menores tengan 16 años para poder prestar el consentimiento por sí mismos en materia de protección de datos, pero al mismo tiempo permite a los Estados Miembros que rebajen dicha edad (nunca por debajo de los 13 años). España hizo uso de esta facultad y en el art. 7 LOPDGDD rebajó la edad a los 14 años, por lo que en España los menores de 14 años pueden prestar el consentimiento por sí mismos en materia de protección de datos. El problema se plantea con la cláusula que está contenida en la política de privacidad de TikTok relativa al tratamiento de datos personales de los menores, en el apartado “Usuarios más jóvenes” que dispone textualmente lo siguiente: “Usted debe tener al menos 13 años para utilizar los Servicios”. De este modo, las condiciones de TikTok en España que establecen la edad mínima de 13 años para hacer uso de la red social son contrarias a la normativa establecida en el art. 7 LOPDGDD, suponiendo ello que el consentimiento prestado por los menores de edad en materia de tratamiento de datos cuando tengan 13 años es nulo por ser contrario a la Ley, siempre y cuando no medie el preceptivo consentimiento de los representantes legales o progenitores que establece la ley.

En segundo lugar, consideramos que es este consentimiento también es nulo por no reunir todos los requisitos previstos en el RGPD. Así, entendemos que es libre e informado, pero entendemos que ni es específico ni es inequívoco.

No es inequívoco porque no existe una acción positiva por parte del menor de edad (ni del adulto tampoco) que específicamente denote que quiere prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales tal y como se prevé en el considerando 32 RGPD⁵⁷, porque cuando se registra no tiene que hacer una acción positiva (como puede ser marcar una casilla concreta para el tratamiento de datos), por lo que el consentimiento es nulo y no puede haber tratamiento de datos. Cuando el menor (o el adulto) se registra⁵⁸, únicamente se solicita una

57 El considerando 32 RGPD establece que “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta”

58 Para la redacción de este artículo se ha elaborado una cuenta de usuario en TikTok, el día 27 de octubre de 2021, con el objetivo de comprobar los extremos que aquí se están exponiendo, bajo el nombre de usuario de “investigandojii”. (https://www.tiktok.com/@investigandojii?is_copy_url=1&is_from_webapp=1&lang=es)

fecha de nacimiento, un correo electrónico o teléfono, que se confirme un código enviado a dicho correo o teléfono y que se haga click en “aceptar” para registrarse. Si bien es cierto que justo debajo (que no encima) del recuadro de “aceptar” nos encontramos con el siguiente tenor “al dar a aceptar estás confirmando que has leído las condiciones de servicio y la política de privacidad”, aparece de manera secundaria (letra más pequeña que el resto del texto) y sin ninguna casilla que se tenga que marcar y, por tanto, sin necesidad de un acto positivo concreto para prestar el consentimiento.

Y, como decíamos y en consonancia con la manera en que se presenta la política de privacidad, tampoco es específico porque no hay un consentimiento específico ni para el tratamiento de datos personales, ni para cada tratamiento específico de los muchos que hace TikTok con los datos de sus usuarios al margen de los necesarios para prestar su servicio. En otras palabras, no es inequívoco porque se confunden o fusionan el consentimiento contractual con el relativo a la protección de datos, siendo ello también contrario a lo dispuesto en el considerando 32 RGPD.

No quedando dudas que el consentimiento para el tratamiento de datos prestado por los menores que tengan 13 años es nulo por ser contrario al art. 7 LOPDGDD y el prestado por los demás usuarios (de 14 años en adelante) es también nulo por no ser ni inequívoco ni específico en contra del considerando 32 RGPD, nos planteamos la cuestión de si, siendo nulo este consentimiento, también será nulo el consentimiento contractual o si, por el contrario, el registro en la red social será válido tras desaparecer el consentimiento para el tratamiento de datos.

C) *¿Subsistencia del contrato de usuario con TikTok sin la cesión de datos personales?*

La respuesta a la cuestión que acabamos de plantearnos debe ser que el contrato de usuario con TikTok persiste, pese a que el consentimiento sobre el tratamiento de datos de carácter personal haya sido declarado nulo. Y ello por las siguientes dos razones.

En primer lugar, ya hemos manifestado que ambos consentimientos son independientes y, en este supuesto, el contrato de usuario (consentimiento contractual) puede seguir desplegando efectos sin la cláusula de tratamiento de datos personales, del mismo modo que sucede cuando una cláusula contractual es declarada nula por abusiva⁵⁹ pero el resto del contrato puede seguir desplegando

⁵⁹ Incluso podría llegar a declararse nula por abusiva, en virtud del art. 83, párrafo 2º TRLGDCU, la cláusula que se refiere al consentimiento para el tratamiento de datos personales por entender que no es lo suficientemente transparente y que va en perjuicio del usuario de la red social.

efectos sin su existencia⁶⁰. Situación distinta es que, expresamente, TikTok estableciese que la cesión y el tratamiento de datos es parte indispensable del contrato como, por ejemplo, si estableciese que es una contraprestación a cambio de sus servicios, en cuyo caso el contrato de usuario no podría seguir su curso sin dicha cesión de datos. No obstante, esta situación resultaría, tal y como vamos a ver en la segunda de las razones, contraria a la normativa de protección de datos.

La segunda de las razones por la que el contrato de usuario debería de seguir desplegando efectos sin el consentimiento para el tratamiento de datos encuentra su fundamento en el artículo 6.3 LOPDGDD que establece que “No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”. Cuando expusimos el amplio espectro de datos personales que TikTok recoge de sus usuarios vimos que, entre otros, estaban los objetos que estaban alrededor del usuario en sus videos, la marca y modelo del dispositivo desde el que accedían y otros tantos que nada tienen que ver con la prestación de servicios ni con el cumplimiento de las obligaciones legales que pueda tener TikTok, por lo que entendemos que el contrato de usuario podrá subsistir sin necesidad de recopilar gran parte de los datos que recopila⁶¹.

Por lo tanto, la regla general es que, si el consentimiento para el tratamiento y cesión de datos de carácter personal llegara a declararse nulo, el contrato de usuario con TikTok seguirá desplegando efectos siempre y cuando esté legitimado para gestionar los datos estrictamente necesarios para poder prestar sus servicios y hacerse cargo de las correspondientes obligaciones legales.

4. Mecanismos de control sobre la prestación del consentimiento de los menores para una protección eficaz del interés superior del menor.

Para tratar de conseguir una protección efectiva de los derechos del menor de edad en el entorno digital, concretamente, en las redes sociales, sería conveniente que sean las propias plataformas digitales quienes introdujesen algunos mecanismos que permitan controlar quién realmente está prestando el consentimiento (para que los menores no puedan mentir sobre su edad a la hora de registrarse) y para

60 Así lo establece el art. 83 TRLGDCU: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

61 Otra situación diferente sería si los datos que faltasen como consecuencia de la nulidad del consentimiento sobre el tratamiento y la cesión de datos fuesen los estrictamente necesarios para que TikTok pueda prestar sus servicios o para identificar al usuario, en cuyo caso sí debiera de extinguirse también el contrato de usuario.

controlar que quien presta el consentimiento tiene la suficiente capacidad para hacerlo.

○ dicho en otras palabras, el responsable del fichero o tratamiento de los datos debería articular procedimientos que, a efectos prácticos, garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales. Todo ello en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva y la normativa vigente⁶². Como puede observarse tras una lectura detenida del RGPD o de la LOPDGDD, no se impone ninguna pauta o sistema para ejecutar ese control, existiendo libertad por parte del responsable del tratamiento de datos. Sin embargo, dicha libertad se está traduciendo en la práctica en la no comprobación de estos extremos, por lo que más valdría que el legislador hubiera instaurado algún tipo de mecanismo, aunque fuese de manera subsidiaria para aquellos supuestos en los que los encargados del tratamiento de datos no ejecuten el control del que venimos hablando.

Con ello no queremos insinuar que no exista una protección de los derechos digitales de los menores, como los denomina la LOPDGDD, pues esta normativa establece un sistema de garantía y protección de los Derechos Fundamentales Digitales de los menores, pero es aún insuficiente y, únicamente nos queda esperar a que la sociedad se nutra de los conocimientos necesarios para comprender las ventajas, pero sobre todo los inconvenientes que acarrea el uso continuo de internet. Y ello únicamente podrá hacerlo si se impulsan políticas públicas que fomenten el desarrollo del Derecho Digital a una Educación Digital recogido en el art. 83 LOPDGDD y que va dirigido no solo a los menores de edad, sino también a todas aquellas personas sobre las que recae su consentimiento y protección, como pueden ser sus progenitores, tutores y, en ocasiones el Ministerio Fiscal, a los centros educativos, planes de estudio universitarios y administración pública en general⁶³.

Ahora bien, pese a que se ha apuntado que la protección de los menores en el ámbito de la protección de sus datos es aún insuficiente y hemos de esperar a que la sociedad adquiera mayores conocimientos sobre la materia, no supone que tengamos que estar de brazos cruzados esperándolo, sino que podemos contar con otro tipo de mecanismos que, temporalmente, suplan esa escasez de conocimientos digitales y que son, tal y como se ha señalado ya, los creadores de plataformas digitales quienes deberían de integrarlos en las mismas. Nos estamos refiriendo a sistemas de verificación del consentimiento paterno de tipo

62 BRITO IZQUIERDO, N., "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 23, Editorial Wolters Kluwer, 2019 (LA LEY 11728/2019).

63 BURZACO SAMPER, M., *Protección de datos personales*, Editorial Dykinson, 2020, p. 225.

apriorístico (prestación de consentimiento a través de DNI-e o certificado digital) o formulados a posteriori (envío por correo electrónico de un consentimiento firmado manualmente), que controlen que efectivamente el consentimiento ha sido prestado, en cada caso concreto por quien corresponda⁶⁴.

Dichos mecanismos pueden consentir en el envío de un correo del correspondiente consentimiento firmado, de la realización de una llamada telefónica gratuita para comprobar la capacidad para consentir y la identidad de quien presta el consentimiento, el envío periódico de un recordatorio de consentimientos, la manifestación de voluntad con certificado digital, etc.; cuestiones todas ellas ya previstas en la normativa norteamericana COPPA (*Children's Online Privacy Protection Act of 1998*) y que podrían extrapolarse a nuestro ordenamiento jurídico sin mayores complicaciones.

V. CONCLUSIONES

El uso masificado de las redes sociales por parte de más de la mitad de la población trae aparejadas consecuencias jurídicas en distintos ámbitos del derecho, tales como el derecho de los contratos, de protección de datos y el derecho en materia de consumo.

A la hora de registrarse en una red social, acto que hemos calificado como una relación de carácter contractual vinculante entre el usuario y la plataforma digital, hemos visto como existe una cierta confusión de consentimientos debido, precisamente, a la existencia de una concurrencia de, al menos, dos consentimientos que hay que distinguir: el consentimiento contractual y el consentimiento para el tratamiento de los datos personales.

Por ello, se puede afirmar que en los supuestos basados en la aceptación de los términos y condiciones generales y políticas de privacidad impuestas unilateralmente por la empresa que se encarga de gestionar los contenidos digitales, esto es, impuestos unilateralmente por las redes sociales, con frecuencia existe confusión por parte del usuario entre: a) consentir el vínculo contractual para registrarse (consentimiento contractual); b) aceptar que se ha recibido la información preceptiva sobre protección de datos (consentimiento informado previo); y c) autorizar el tratamiento de datos personales (consentimiento en materia de protección de datos).

Además, si los usuarios de las redes sociales son menores de edad, los mismos han de estar especialmente protegidos por resultar un colectivo más vulnerable que los adultos. De este modo, en relación con las redes sociales y los menores

64 BRITO IZQUIERDO, N., "La protección", cit., (LA LEY 11728/2019).

de edad, entran en juego disposiciones específicas que proporcionan una mayor protección al menor de edad. Nos referimos a los artículos 162 y 1263 CC en materia de consentimiento contractual; a los arts. 8 RGPD y 7 LOPDGDD en materia de protección de datos; a la LOPJM en materia de protección de los derechos fundamentales de la personalidad de los menores de edad; y al art. 3 TRLGDCU en relación con la figura del menor como consumidor vulnerable. Todas estas disposiciones tienen en común que forman parte de lo que podemos denominar un “estatuto jurídico de super protección del menor” en las relaciones de este con el entorno digital.

Asimismo, no podemos olvidar el debate que se suscita en torno a si se debe o no aceptar el pago con datos personales a modo de contraprestación. Pese a que existe discusión doctrinal, nosotros entendemos que, precisamente, los usuarios de las redes sociales, al registrarse en las mismas, están formalizando un contrato que puede calificarse como oneroso, no porque les suponga un sacrificio patrimonial (ya que no hacen un pago en dinero por ello), sino porque como contraprestación están cediendo el uso de sus datos de carácter personal que, aunque no son dinero en sí, sí que tienen un importante valor económico para los prestadores de servicios digitales, pudiendo hablar, en estos términos, de la economía del dato.

A modo de conclusión, nos gustaría señalar que aún queda mucho camino por andar en materia de protección de datos de carácter personal en el entorno digital, sobre todo en el ámbito de los menores de edad. Hemos podido comprobar cómo, pese a la existencia de abundante normativa en esta materia, las redes sociales con mayor repercusión en la actualidad, concretamente TikTok en los términos que hemos analizado, no se ajusta completamente ni al RGPD ni a la LOPDGDD, entendiéndolo que, ya sea por la forma en que se presenta su política de privacidad o ya sea por ciertas cláusulas, pueden llegar a declararse nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones que tienen que ver con la protección de datos tanto de menores como de adultos, por no ajustarse a la ley y por no cumplir los requisitos que la ley exige para prestar el consentimiento, respectivamente.

Si bien toda la normativa a la que se ha hecho alusión establece un sistema de amparo en materia de protección de datos y un estatuto jurídico específico para los menores de edad, lo hace en términos generales sin proporcionar soluciones concretas, lo que se traduce en que no es un sistema efectivo en la práctica, por lo que proponemos que se acuda, hasta que haya políticas públicas que impulsen el derecho a la educación digital y el derecho a un acceso universal a internet para acabar con la denominada brecha digital, a soluciones previstas en ordenamientos jurídicos distintos del nuestro, como pueden ser las medidas de verificación del

consentimiento de tipo apriorístico o a posteriori contempladas en la normativa norteamericana COPPA.

En suma, las consecuencias jurídicas que se derivan de la interacción de los menores de edad con las redes sociales en el entorno digital traen consigo importantes cuestiones en materia de protección de datos, de derecho contractual y de derecho de los consumidores; cuestiones que, si bien están siendo abordadas por nuestros legisladores, tienen tal envergadura que resulta complicado dar solución a toda la problemática que se genera en torno a ello.

BIBLIOGRAFÍA

AYLLÓN GARCÍA, J.D., "Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección Derecho Digital, A fondo, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5665/2021).

BRITO IZQUIERDO, N., "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 23, Editorial Wolters Kluwer, 2019 (LA LEY 11728/2019).

BUENO DE MATA, F.; YAMEL MUNIVE CORTÉS, E.; y MARTÍN RUANI, F., "Estudio comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, núm 6, I, 2014, pp. 32-43.

BURZACO SAMPER, M., *Protección de datos personales*, Editorial Dykinson, 2020.

BUSTOS PRETEL, G., "Novedades de la nueva LOPD", *Aranzadi digital* núm. 1/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2020 (BIB 2020\12174).

CASTILLO PARRILLA, J.A., "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *LA LEY mercantil*, núm. 82, Sección Consumo, Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 8528/2021).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Editorial Thomson Aranzadi, 2007.

DEL FRESNO GARCÍA, M: "Internet como macromedio: la cohabitación entre los medios sociales y medios profesionales", *Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 99, 2014, pp. 107-109.

GARCÍA HERNÁNDEZ, A: "Datos personales como contraprestación: consecuencias", *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 1-15.

GARCÍA HERNANDO, J.A: "La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL1/2021", *Diario La Ley*, núm. 9858, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5306/2021).

GARCÍA PÉREZ, R.M: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 875-907.

LAGE COLETO, M. "Integración social de los menores a través de internet", en AA.VV., *Menores e Internet*, (dir. por L. Burguera Ameave, K. Paul Larrañaga, G. Suarez Pertierra), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 111-135.

MANKO, R. y MONTELEONE, S. *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, European Parliamentary Research Service, 2017.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M., "El menor como consumidor y su protección ante la publicidad televisiva", *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (dir. por L. Morillas), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 713-736.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I., "La protección del consumidor menor de edad", (coord. por I.E. Lázaro González, I.V. Mayoral Narros), *Infancia, publicidad y consumo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pp. 139-176.

SÁNCHEZ CANO, M.J., y ROMERO MATUTE, Y., "El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 1139-1148.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, Editorial Aranzadi (BIB 2016\85671).

SÁNCHEZ LERÍA, R. "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015". *Revista de Derecho Patrimonial* num.45/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

TORAL LARA, E., "Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020, pp. 179-218.

VALDECANTOS, M., "El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos", en *Actualidad Civil*, núm. 5, Editorial Wolters Kluwer, 2018 (LA LEY 4467/2018).

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 46/2018 parte Estudios Jurídicos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018 (BIB 2018\7467).

