

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO
Dra. en Derecho. Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Jaén

LA PROTECCIÓN DE LOS DESTINATARIOS DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES ELECTRÓNICAS

Prólogo del
Profesor Dr. D. Juan Ignacio Peinado Gracia
Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Jaén

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	21
INTRODUCCIÓN	35

CAPÍTULO I

EL EJERCICIO PUBLICITARIO ELECTRÓNICO. EL PROBLEMA DE LA LEY APLICABLE

I. EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. CREACIÓN DE UNA NUEVA FORMA DE MERCADO	50
II. INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA. DIVERSIDAD DE MEDIOS Y CANALES DE COMUNICACIÓN	60
1. Consideraciones generales	60
2. Identidad entre publicidad y comunicación comercial electrónica .	64
2.1. Concepto y notas características	64
2.2. El ejercicio publicitario: libertad de expresión o libertad de información	70
III. LA DIFÍCIL TAREA DE NORMAR EL NUEVO MEDIO DE COMUNICACIÓN, INTERNET	74
1. Normativa vigente y de aplicación general al entorno telemático .	79
2. Legislación española que resulta aplicable a las relaciones jurídicas en Internet	85
3. Normas aplicables a la actividad publicitaria convencional e interactiva	88

	<u>Pág.</u>
4. Normas aplicables a las remisiones publicitarias de terceros países. Especial referencia al «principio de control en origen» <i>versus</i> «principio de control en destino»	96
4.1. Valoración jurídica de la aplicabilidad de ambos principios.	96
4.2. El principio de control en origen en la Directiva 2000/31/CE y su transposición al ordenamiento interno español. Dualidad normativa	100
4.3. La relevancia de la regulación de la práctica del <i>spam</i> en la LSSI respecto de la aplicación de los principios de «control en origen» y «control en destino»	106
IV. LA <i>SELF REGULATION</i> COMO POSIBLE SOLUCIÓN A LA DIFICULTAD DE REGULAR EL ENTORNO TECNOLÓGICO ..	107
1. Ideas generales	107
2. La aprobación de códigos deontológicos	109
2.1. La aprobación de códigos de conducta según lo previsto en la LSSI	111
2.2. Oportunismo del establecimiento de códigos autonormativos como forma de regulación	113
3. El establecimiento de Sellos de Confianza o <i>Labels</i>	116
4. El sistema autonormativo en el Derecho foráneo	120
4.1. Propuestas de autorregulación en el marco comunitario ..	120
4.2. La importancia de la autorregulación en el panorama normativo internacional	124
5. La autorregulación pura o el sistema de la co-regulación	126

CAPÍTULO II

IMPORTANCIA Y VALORACIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL DE LOS USUARIOS EN EL EJERCICIO DE LA PUBLICIDAD ELECTRÓNICA

I. DE LA PUBLICIDAD CONVENCIONAL AL EJERCICIO PUBLICITARIO INTERACTIVO. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN DE CARÁCTER PERSONAL	130
II. PATOLOGÍAS JURÍDICAS EN RAZÓN DE LAS FUENTES DE LAS QUE SE RECABAN DATOS DE CARÁCTER PERSONAL .	139
1. Valoración jurídica de los ficheros de titularidad pública y de titularidad privada.....	142
2. La obtención de datos personales en el sector electrónico con fines publicitarios	149

	Pág.
2.1. Manifestación de la voluntad del interesado respecto de la obtención y tratamiento de los datos de su titularidad..	149
2.2. La importancia del deber de información respecto del consentimiento inequívoco	155
3. Transmisión de información por la mera conexión a la Red	158
4. Instalación y utilización de técnicas de captación de datos. Especial referencia a los archivos <i>cookies</i>	161
4.1. Notas iniciales sobre el uso de dichas técnicas	161
4.2. Patologías jurídicas derivadas del establecimiento de técnicas electrónicas de obtención de datos de los usuarios ...	165
4.3. Algunas anotaciones finales	183

CAPÍTULO III

LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA ELECTRÓNICA A TRAVÉS DE DIVERSOS CANALES DE COMUNICACIÓN VIRTUALES

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PÁGINAS <i>WEB</i> EN EL MARCO PUBLICITARIO COMERCIAL	192
1. El régimen jurídico de la actividad publicitaria comercial en las <i>home pages</i>	197
2. Problemática jurídica del ejercicio publicitario comercial realizado en las páginas <i>web</i>	200
2.1. La actividad publicitaria ilícita en las <i>home pages</i>	200
2.2. Patologías jurídicas derivadas de la anulación de la función <i>back</i> en una página <i>web</i>	211
II. LA RELEVANCIA PUBLICITARIA DE LOS ANUNCIOS ELECTRÓNICOS INSERTADOS EN LAS PÁGINAS <i>WEB</i>	217
1. Algunas notas iniciales	217
2. Los anuncios publicitarios electrónicos. Especial referencia a la inserción de <i>banners</i> y de <i>pop-up ads</i>	218
3. Supuestos ilícitos de estas técnicas publicitarias electrónicas....	222
4. La inserción de anuncios electrónicos como forma de conexión con otros <i>web sites</i> de interés	226
4.1. Anuncios electrónicos que permiten el acceso al <i>site</i> de terceros	226
4.2. Responsabilidad derivada del establecimiento ilícito de enlaces electrónicos	230
III. LA DIFUSIÓN PUBLICITARIA EN OTROS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DEL ENTORNO ELECTRÓNICO	234

	Pág.
1. Algunas notas generales	234
2. Los grupos de noticias, los foros de debate y las charlas en tiempo real como instrumentos electrónicos de comunicación y difusión publicitaria	235
2.1. Definición y notas características de estos canales electrónicos de comunicación	235
2.2. Valoración de dichos canales electrónicos desde la óptica de la actividad publicitaria	238
2.3. Incertidumbres jurídicas que plantea el uso de estos canales electrónicos como medios de difusión promocional	243
IV. OTROS CANALES DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS	250
1. El desarrollo de las Nuevas Tecnologías y la telefonía móvil	251
1.1. El acceso a Internet a través del terminal telefónico móvil. Posibilidad de ejercer el <i>mobile E-Commerce</i> o <i>M-Commerce</i>	254
1.2. El ejercicio publicitario electrónico difundido mediante la telefonía móvil	258
2. La influencia del desarrollo de las Nuevas Tecnologías en la televisión. La <i>Web TV</i> y el <i>Webcasting</i>	267
2.1. La televisión interactiva o <i>Webcasting</i>	269
2.2. La regulación de la Televisión Interactiva. Aplicabilidad de la Ley 22/1999	271
2.3. El ejercicio publicitario en el medio televisivo. Especial referencia a la Televisión Interactiva	273

CAPÍTULO IV

LA REGULACIÓN DE LAS REMISIONES PUBLICITARIAS ELECTRÓNICAS NO CONSENTIDAS. EL SPAMMING

I. EL FENÓMENO PUBLICITARIO DEL <i>SPAM</i>	284
1. El envío publicitario no solicitado, ¿una nueva práctica?	287
1.1. Rasgos que particularizan el envío publicitario electrónico.	288
1.2. Consecuencias jurídicas derivadas de las especialidades del envío publicitario electrónico	292
2. <i>Die belästigende oder anreißerische Werbung</i> en Derecho alemán. Origen jurídico de la práctica del <i>spam</i>	294
2.1. Presupuestos que determinen la ilicitud de la publicidad molesta	296

2.2.	El envío de comunicaciones comerciales electrónicas como supuesto de publicidad molesta	299
2.3.	La ilicitud de la publicidad molesta por desleal en la LGP y en la LCD	304
II.	TRATAMIENTO JURÍDICO DEL FENÓMENO DEL SPAM	307
1.	La regulación de las comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas a nivel extracomunitario. Especial referencia al sistema norteamericano	307
2.	Las remisiones publicitarias electrónicas en el marco jurídico europeo	315
3.	La práctica del <i>spam</i> en el sistema normativo español.....	322
3.1.	Regulación española del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas	322
3.2.	La aplicación de la norma a la práctica publicitaria del <i>spam</i>	325
III.	PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA PRÁCTICA DEL SPAM	327
1.	Valoración del consentimiento del sujeto receptor de las comunicaciones comerciales electrónicas	327
1.1.	La manifestación de la voluntad del receptor de las comunicaciones comerciales remitidas en la LSSI	330
1.2.	El sistema de listas. Consideraciones generales	333
1.3.	La técnica del «marketing de permiso». Convergencia entre la LOPD y la LSSI.....	337
2.	El contenido de las comunicaciones electrónicas remitidas.....	340
3.	Medios de difusión de las comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas.....	345
3.1.	La diversa regulación de los canales electrónicos de remisión de comunicaciones comerciales no consentidas ...	345
3.2.	Especial referencia a la práctica del <i>spam</i> a través de la telefonía móvil.....	349
4.	Sujetos pasivos perjudicados por la práctica del <i>spam</i>	350
5.	Posibles formas de protección frente a la práctica del <i>spamming</i> .	355
5.1.	Consideraciones generales.....	355
5.2.	Valoración jurídica de las alternativas propuestas	356
	BIBLIOGRAFÍA	367
	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA ON LINE	391
	RECURSOS ELECTRÓNICOS	395

PRÓLOGO

«... urge la confección de unas reglas comunes que estipulen cuáles son los límites. Eso implicará establecer un nuevo cauce global para el Derecho, que también debe asumir los retos que plantea Internet. En muchas ocasiones nos vemos vulnerables, sin una posibilidad clara de defensa. Esto plantea un desafío muy interesante, pues se trata de coordinar la tecnología, el Derecho y la ética».

Vinton G. CERF¹

I

La función de un prólogo es servir de introducción, incluso de exordio, *a la obra* a la que precede. A menudo debe también iniciar al lector en la personalidad del autor. Este doble objetivo aparece casi sin excepción cuando la obra prologada es la adaptación de la que fue la tesis doctoral del autor. Y éste es el caso y, sin embargo, otras circunstancias nos hacen dudar de tal empeño. Más tarde volveremos sobre ello.

Efectivamente el libro que el lector tiene entre sus manos fue antes tesis para la colación del grado de doctor, defendida con inmejorable calificación ante un Tribunal que presidió mi maestro en tantas cosas, el Dr. D. ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ, junto al que formaron los doctores GUSTAVO GHIDINI, JOSÉ MARÍA SUSO, AGUSTÍN MADRID y ANXO TATO.

¹ Vinton G. CERF, matemático, inventor del protocolo TCP/IP, diseñador del correo electrónico MCI MAIL, vicepresidente de *Google Inc*, Premio Príncipe de Asturias de Investigación Científica y Técnica, 2002.

Decía que es dudoso que sea necesario presentar a la autora, pues mientras yo pergeño estas ideas de prólogo, ella concluye ya su segunda monografía, al tiempo que ya han visto la luz más de una decena de trabajos, de forma que su nombre es ya conocido, y en ocasiones cita obligada, por quienes cultivan las materias de las nuevas tecnologías, la protección de datos, la publicidad en Internet...

No obstante este trabajo, esta tesis y su autora en alguna medida han sido la misma cosa durante mucho tiempo y uno y otra se presentan y referencian mutuamente. Este libro ha sido antes, ya lo hemos señalado, una tesis; pero aún antes que tesis fue *sufrimiento y esfuerzo*, *vocación* y *valentía*. Permítanme explicarme algo más porque creo que estas anécdotas ayudan a comprender mejor la obra, a su autora e, incluso mi relación con ambas.

II

La tesis fue antes *vocación* y *valentía*. Conocí a la doctora Vázquez Ruano en el año 2001. Volvía, ella, de cursar un año de sus estudios de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Génova y retornaba a la madre universitaria jaenera. No había sido alumna mía (laguna que jamás superará) y se presentó a decirme que acababa sus estudios, que quería dedicarse a la Universidad y que quería hacerlo en Derecho mercantil, rogando además que dirigiera su tesis. Superé la faena acudiendo a la larga cambiada: le hice ver las dificultades de su empeño en general y de su preferencia mercantil en particular, y le indiqué incluso otras áreas de conocimiento donde la situación de falta de profesores podría favorecer su arraigo. Agradeció la sinceridad, cortésmente se despidió y yo no hice más caso a aquella conversación que a todas las otras que en similares términos cada año tiene media docena de veces cualquier profesor universitario.

Pero volvió a los pocos días. La parte primera de su discurso no había variado, sí traía resuelto el tema de las otras áreas para perseverar en el amor primero y declarar que no le interesaba cualquier materia y área sino el Derecho mercantil. La verdad es que simpatiqué con su desdén por alguna de esas áreas y sus aportaciones tendentes a diluir al individuo en legiones de incapaces, pero derroté de la misma forma. A las dificultades administrativas que ya le había indicado, le sume mi propia falta de disposición a asumir el empeño personal no de una tesis, sino de una carrera profesional, de su carrera profesional. Le narré recientes experiencias y la sensación de frustración que había sentido de ver cómo otras personas de valía habían tenido que abandonar la

Universidad o el área en fechas entonces recientes. La frustración tanto por las horas de trabajo empleadas como por el empeño personal en buscarles sitio, sin resultado alguno. Y el coste, también emocional, que para mí suponía aquel proceso de dilapidación de tiempo, ilusión y erario. Nuevamente agradeció lo nítido del mensaje y marchó. Y marchó y volvió a los pocos días. Esta vez lo esencial de su discurso era: tengo una ilusión, sé todo lo que me ha dicho sobre el futuro, sé que tengo pocas posibilidades, pero también sé que esa es mi vocación y que tengo veintiún años, por lo que sólo le pido que me deje arriesgarme, sin otra esperanza que poder intentar durante cuatro años vivir aquello para lo que creo que estoy llamada, y asumo el riesgo. Quizás tenga que dejar la Universidad, pero habré intentado seguir mi vocación, seré doctora y tendré la misma edad con la que muchos de mis compañeros estarán acabando la licenciatura. Fue inapelable y hasta hoy. Los peores presagios no fueron cumplidos y hoy la doctora VÁZQUEZ RUANO es profesora de la Universidad de Jaén. Y yo me siento orgulloso y agradecido como una madre.

III

Antes este libro fue vocación y valentía, y también *sufrimiento* y *esfuerzo*. La elección de un tema vinculado con Internet supuso desde un principio dificultades importantes por el propio ámbito de estudio. Estas dificultades en gran medida se han salvado en el texto vigente, pero la claridad y sencillez con la que se resuelven muchos de estos problemas, no ocultan al lector iniciado que no es fácil sostener un discurso jurídico, que alcanza en ocasiones lo propositivo, en un nuevo ámbito como es Internet.

La primera tentación que surge para el que estudia Internet es el llamado «adanismo» intelectual. Muchos autores han advertido del peligro que en la labor del investigador² supone pensar que la creación (jurídica) nació a la par suyo, que se carecen de fenómenos y estructuras anteriores, de soluciones jurídicas y respuestas legales para comprender la fenomenología sobre la que vuelca su esfuerzo el investigador. Este peligro es aún mayor cuando la investigación se refiere a un ámbito que tan sólo tiene veinte años de antigüedad al margen de las estructuras defensivas U.S. y que sólo muy posteriormente adquirió el sesgo comercial que en nuestra opinión hoy es predominante. Frente a este peligro la monografía de la doctora VÁZQUEZ se mantiene en un

² Entre otros, GARCÍA SAN MIGUEL, *De memoria: ensayos sobre la filosofía jurídica española*, Madrid, 1997.

inteligente discernir entre negocios jurídicos y medio a través del cual se establecen esas relaciones jurídicas. No encontrará el lector una constante invocación de la novedad o del socorrido *tertium genus*, sino el ponderado estudio del fenómeno, su atinada calificación jurídica, el estudio de las variaciones que la institución o su régimen legal puede sufrir por razón del medio e, incluso, la aportación de otras soluciones no contempladas en el ordenamiento patrio.

El elemento fenomenológico no es, sin embargo, baladí en este trabajo. La novedad de Internet ha supuesto también que la publicidad, materia que intuíamos iba a ser importante cuando se inició la investigación, haya crecido a la par que ésta y hoy sea ya un mercado muy relevante. Cualquier cifra que se aporte está condenada a la obsolescencia inmediata. Tan sólo para ilustrar al lector y usando datos referidos al cierre del ejercicio 2007³. En este periodo el gasto en publicidad en Internet fue para U.S. de 21.200 millones de dólares; esta cifra supuso un crecimiento respecto del ejercicio anterior del 26 por 100. En el mismo ejercicio la inversión publicitaria en España fue de 482,42 millones de euros, suponiendo tal cifra un incremento respecto del ejercicio anterior del 55,4 por 100.

Estos datos no serían por sí mismos significativos, pues el jurista trabaja con categorías, sino fuera porque también durante el periodo de elaboración de esta monografía hemos asistido a cambios importantes en las pautas y formas publicitarias. Esto ha exigido de la doctora VÁZQUEZ, y el lector agradecerá, primero un conocimiento, una «toma de pulso» constante al mercado. La vieja recomendación de Vivante ha tenido en este caso no el valor de lo conveniente, sino el valor de lo imprescindible para trabajar. Decía que el lector agradecerá en primer término la magnífica descripción de cada uno de los mecanismos publicitarios en Internet, en segundo lugar el esfuerzo de calificación jurídica y acertada separación entre lo circunstancial y lo esencial. Respecto de la primera idea, las pautas publicitarias han cambiado en los últimos tres años. Medios publicitarios como el *banner* no dejan de ser ya sistemas clásicos (y superados) de publicidad⁴.

Respecto de la segunda cuestión: la calificación jurídica más allá de las aparentes especificidades circunstanciales, la monografía prologada

³ Los datos son del *Interactive Advertising Bureau*. Sus informes pueden consultarse en: <http://www.iabspain.net/knownow.php?d=kno>.

⁴ Los mercados actualmente de mayor interés en la publicidad en Internet están vinculados a los buscadores y a los enlaces patrocinados. De las cifras anteriormente referidas a España, el 64,41 por 100 corresponde a este mercado, frente al 46 por 100 que creció el display (*banners...*). Si la referencia es al mercado US las magnitudes de crecimiento son igualmente ilustrativas: el mercado de buscadores creció en el ejercicio 2007 respecto del precedente un 41 por 100, mientras que los medios de publicidad tradicionales en Internet crecieron un 21 por 100.

también es muy meritoria. Todos los fenómenos quedan descritos, anotados, calificados, taxonomizados, etc. Pero sobre la aparente diferencia, o sobre el hecho de que el mercado los vea como productos diferenciados, la doctora VÁZQUEZ sabe identificar los elementos esenciales y comunes. Al respecto piénsese que fenómenos distintos como los llamados *pop-ups* o los conocidos como *interstitial* merecen una misma calificación jurídica, y la aproximación desde la llamada «publicidad sorpresiva» puede aplicarse de forma indistinta.

Como puede verse son funciones básicas (identificar, describir, calificar) pero que en este caso tenían dificultades añadidas. De una parte la dimensión de mercado global de Internet, de tan difícil maridaje con sistemas que basan su respuesta en territorio, soberanía, Estado y ley; de otro contamos todavía con un escaso acervo de fuentes en esta materia. Respecto de lo primero, la presente monografía sabe combinar las aproximaciones de las fuentes regulatorias tradicionales con un atento estudio de las ventajas y limitaciones que en esta materia tienen las repuestas autorreguladoras.

La identificación, además de las fuentes y su ubicación, fueron otro elemento importante. La elaboración de este trabajo ha supuesto que de los tres años que la autora ha invertido en su elaboración, buena parte transcurriesen lejos de la Universidad de origen, en un peregrinar académico que la llevó inicialmente al IDIUS de la Universidad de Santiago de Compostela, donde pudo disfrutar de la guía de los profesores BOTANA AGRA, GÓMEZ SEGADE o TATO PLAZA; en la Universidad de Bolonia en el *Departimento di Scienze giuridiche* «Antonio Cicu», junto al profesor MANGINI, en la Universidad Tor Vergata de Roma con el profesor R. LENER; en el Osservatorio di Proprietà intellettuale Concorrenza e Comunicazioni (Università LUISS), donde tanto tiempo le dedicó el maestro GHIDINI y por fin en el Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law de Munich, donde pudo trabajar bajo la dirección del profesor HILTY.

IV

En todo momento estamos refiriéndonos en este prólogo a la publicidad en Internet como el objeto de la obra y eso no es más que parte de la realidad. Sería más preciso hablar de *publicidad y Nuevas Tecnologías* o nuevos cauces. Lejos de suponer esto una dispersión, es por el contrario otra de las riquezas de la obra.

Uno de los servicios esenciales de la Sociedad de la Información (SSI), entendiendo por tales aquellos que se prestan a título oneroso,

por medios electrónicos, a distancia y a petición del interesado de forma individual⁵, es el envío o la remisión de comunicaciones comerciales. Es decir, la difusión de mensajes promocionales a través de mecanismos electrónicos como etapa esencial del mercado telemático. Es por ello que la obra ante la que nos encontramos, *La Protección jurídica de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, pretende ofrecer una visión de los aspectos más destacados y los problemas esenciales de la actividad de promoción *on line* y, a su vez, plantear soluciones que hagan cambiar el comportamiento de los usuarios a fin de alcanzar el eficiente auge de las Nuevas Tecnologías.

Y decía que esto es una riqueza porque si bien tendemos a identificar la Sociedad de la Información o las Nuevas Tecnologías con Internet, ésta es una realidad cambiante. Cambiante por dos fenómenos concurrentes y que también son atendidos en esta obra. De una parte la convergencia entre Internet y Telecomunicaciones⁶, de otra la irrupción de la telefonía móvil como soporte o cauce de muchos contenidos y servicios amparables dentro de los llamados Servicios de la Sociedad de la Información. La sucesión de medios en la historia: prensa escrita, radio y televisión, ha supuesto en nuestros días la convivencia de los mismos y, con independencia de sus sinergias empresariales, la convivencia como mercados diferentes también en lo publicitario. Cualquier estudio sobre el mercado de la publicidad segmentará esos medios, cualquier creativo de publicidad realizará productos diferenciados (quizás complementarios) en razón del cauce por el que se va a difundir su comunicación comercial. Y sin embargo, las Nuevas Tecnologías permiten que Internet sea el cauce por el que llegan esos tres medios de comunicación (prensa, radio y televisión). Ya no son tan importantes como medios de comunicación, sino como industrias de contenidos que posteriormente pueden ser difundidos por un medio único que es Internet. Piénsese que, por ejemplo, la «publicidad contextual» no hay razón alguna por la que deba estar limitada a la mensajería instantánea, es

⁵ Seguimos la definición prevista en el Anexo a) de la LSSIyCE (Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico —BOE núm. 166, de 12 julio—), la cual se caracteriza por establecer un concepto de SSI en sentido amplio. Debe tenerse en cuenta que también se consideran SSI aquellos que no son remunerados por sus destinatarios, siempre que consistan en una actividad económica para sus prestadores. La LSSIyCE ha sido modificada a posteriori por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4 de noviembre); la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (BOE núm. 304, de 20 de diciembre); la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (BOE núm. 251, de 19 de octubre), y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE 312, de 29 de diciembre).

⁶ Nos hemos ocupado de alguno de estos fenómenos en nuestro trabajo «La edad del Derecho, la edad de Internet. La seguridad jurídica e Internet», en AAVV, *E-Abogacía*, Madrid, 2007, pp. 163 a 172.

más, las ventajas del «marketing personalizado», que parece propio de Internet, pueden aplicarse exactamente igual a cualquier contenido difundido por Internet. La misma labor de los creativos está virando para que sus mensajes comerciales puedan difundirse mediante los mecanismos informales del «marketing viral» posibilitado por la naturaleza multi contribuida de Internet.

En el mismo sentido las limitaciones legales que han acompañado a la expansión de las industrias radiofónica y televisiva, siempre de base nacional y configurando el uso del espectro como de un dominio público y hasta las restricciones técnicas derivadas de la limitación de frecuencias, cambian radicalmente cuando esos contenidos (imagen o voz) se difunden por un medio universal, menos sometido a decisiones soberanas y soportado por un medio con una capacidad casi infinita como es la fibra⁷. Y esto también incide en el mercado y las formas publicitarias. Permítasenos un ejemplo: ¿qué duda cabe que un servicio como *google news* es ya realmente una forma de periódico?, y al tiempo, ¿alguien ignora que detrás de los reproches legales que a *google news* se pueden hacer no hay tanto un problema de propiedad intelectual, sino de titularidad y reparto del mercado publicitario?⁸.

Consideraciones similares pueden hacerse respecto de los terminales. Internet solemos identificarlo con su acceso a través del ordenador, como la televisión se identifica con otros terminales. Es sabido que también en esos aspectos la convergencia se ha producido y no sólo porque se pueda recibir el contenido televisivo por medio del ordenador, sino porque la misma terminal (pantalla) televisiva se ha convertido en pantallas de ordenador. Este cambio incide en más ámbitos y es relevante respecto del mercado publicitario.

La penetración de la telefonía móvil es muy superior a la de los ordenadores y, muchísimo más aún, que la de las conexiones ADSL+ o de Internet en general. Probablemente muchos de los servicios que hoy identificamos como propios del ordenador nos seguirán llegando, pero a tra-

⁷ Al tratar de la relación entre televisión e Internet. Respecto de la primera, la autora distingue con acierto dos formas posibles: la televisión en Internet o *Webcasting* y el acceso a Internet a través de la televisión o *Web TV*. Centrándose en la primera por ser la que interesa en cuanto a la difusión promocional. En particular porque va a suponer una variación de los sujetos que intervienen en el ejercicio publicitario y los formatos que lo hacen posible. La autora analiza el problema inicial que se plantea en la práctica y es la norma que debe respetarse si se tiene en cuenta que se trata de emitir televisión a través de otro medio (Internet) y que cada uno de ellos cuenta con su propia regulación. En este sentido, se apuesta por la posible exigencia de ambas normas: las vigentes en materia de difusión de televisión y, en lo no previsto por ella, se atenderán los presupuestos de la LSSIyCE.

⁸ Vid. PEINADO y SOLANA, «*Press clipping*: competencia desleal y propiedad intelectual», *Rcd*, núm. 2, 2008, pp. 37-63.

vés del terminal telefónico⁹. Esto puede verse ya en algunas manifestaciones publicitarias. Éste es otro acierto del libro prologado, pues su referencia a los nuevos cauces, a las Nuevas Tecnologías, deja a salvo su discurso de estos cambios tecnológicos, espectaculares e importantes, pero menos trascendentes en la valoración jurídica del mensaje comercial y en la protección de su destinatario. Así, cuando la doctora VÁZQUEZ analiza el llamado *spam*, sus consideraciones y juicios son perfectamente válidos ya nos llegue el mensaje publicitario a nuestra cuenta de correo electrónico o a nuestro terminal telefónico en forma de *short message service* (sms). Y probablemente el futuro vaya más por este nuevo camino, pues las nuevas generaciones consideran ya que el mail es demasiado lento, buscan las charlas en tiempo real (*chats*) o los sms. La atinada aproximación a estos fenómenos desde la doctrina alemana de la «publicidad molesta» (*Die Belästigende Werbung*) es perfectamente aplicable a estos cambios, también y tan bien descritos en la obra¹⁰. Otros fenómenos ahora incipientes, como el *e-geomarketing* soportado por *bluetooth*, podrán ser igualmente analizadas con el discurso sostenido por la autora¹¹.

⁹ Nos estamos refiriendo a publicidad por telefonía, y éste es el supuesto más propio si queremos extender el régimen del *spam*, pero conviene recordar que otro tipo de terminales pueden ser cauce de emisión de mensajes comerciales. A modo de ejemplo piénsese en las pantallas de los cajeros automáticos, en los que podemos recibir verdaderas propuestas de contrato (normalmente de la entidad a la que pertenece el cajero o está sindicada a la red de cajeros), empero también mensajes publicitarios sin la consideración de ofertas completas, procedentes de la misma entidad o de terceros que contratan el espacio en forma de impactos que recibe el usuario entre cada una de las fases del proceso ejecutado en el cajero.

La telefonía móvil, de otro lado, hace posible dos formas esenciales de ejercitar la actividad publicitaria: la habitual de los *web sites*, ya que la tecnología WAP facilita el acceso a Internet desde dicho medio de comunicación, y el servicio de mensajería corta o *Short Messages Service* comerciales a teléfonos móviles y la Mensajería Multimedia (MMS). La primera posibilidad, pese a las manifiestas diferencias técnicas, tiene similares consecuencias que las comunicaciones comerciales que se visualizan por medio del terminal informático. Sin embargo, la autora destaca la importancia de los últimos por cuanto son mecanismos de publicidad personal y se ocupa de su estudio al final de su trabajo.

¹⁰ El trabajo prologado hace una muy interesante aproximación a la publicidad molesta. Pero junto al mismo realiza otros estudios de estos fenómenos de emisiones masivas de mensajes publicitarios no solicitados y que el legislador español y comunitario no debiera desconocer. En concreto, sistema U.S en el que la *Can Spam Act 2003* permite a los anunciantes remitir comunicaciones comerciales electrónicas a través del correo si se cumplen unas determinadas exigencias: la identificación como tales de forma clara, al igual que el carácter de los mensajes que envíen con las iniciales «ADV» y que se facilite una dirección de contacto a fin de garantizar que dichos mensajes comerciales procedan de direcciones empresariales legítimas. Es decir, se prohíbe la remisión de mensajes con contenido falso en su cabecera o que el «asunto» se hubiere cumplimentado de forma engañosa. Además tiene que ofrecerse a los receptores de la publicidad la posibilidad de oponerse a dicha recepción estableciendo un sistema de listas en las que se inscribirán aquellos sujetos que no desean recibir comunicaciones comerciales (sistema *opt-out*). De ello concluye la autora, valiente y atinadamente, que el juicio de ilicitud del envío de comunicaciones comerciales se fundamenta no tanto en la manifestación de la voluntad del sujeto receptor, cuanto más en la idoneidad del contenido de las remisiones.

¹¹ No nos extenderemos ahora en consideraciones, pero esta modalidad que permite enviar mensajes publicitarios a los terminales telefónicos que estén en el área de alcance del *bluetooth*

V

De cuanto hasta aquí se ha dicho puede dar la impresión que el trabajo de la autora es esencialmente descriptivo y que no ha vencido a la tentación de las sirenas de la novedad. Sin embargo, manejar la mejor información no es impedimento, sino todo lo contrario, para poder hacer un discurso cabal y anclado en la realidad, pero de mimbres y logros jurídicos. Si se me permite, no es ésta la monografía de una «tecky» sino de un jurista. La doctora VÁZQUEZ RUANO parte de la consideración del ejercicio publicitario como parte previa y básica de la contratación electrónica (en especial, del *Business&Consumer*), circunstancia que le lleva a reconocer la necesidad de establecer un adecuado nivel de seguridad jurídica. Este aspecto es el primero que se pone de manifiesto en la obra al estudiar el sistema normativo de aplicación no sólo a cualquier actuación realizada en el marco electrónico, sino en particular al ejercicio publicitario. Desde un primer momento quedamos a salvo de la falacia con la que muchas veces nos aproximamos a la Red. Nos referimos a la creencia, desde luego refutada por la autora, de que la Red es un espacio sin normas. No es así, aunque no siempre sea fácil conocer cuál es la norma aplicable¹². Para identificar las normas, o el conjunto normativo, aplicables, el trabajo se ocupa de los principios que en este aspecto proporciona el ordenamiento comunitario, cuales son: «el principio de control en origen» y «el principio de control en destino». Decantándose por el primero de ellos completado con el «principio de reconocimiento mutuo». Esto es, los prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información han de respetar la norma del Estado miembro desde el que se ejercen y el resto de países los aceptarán si se consideran lícitos en el Estado de origen, por tanto se abstienen de intervenir jurídicamente.

Las peculiaridades de un medio de comunicación como Internet, en el que no existen una fácil localización geográfica que ayude a identificar la norma aplicable y, además, que se halle en continuo cambio, lle-

de un establecimiento puede analizarse también desde la perspectiva de la protección de la intimidad. Como inmediatamente veremos, al analizar los fenómenos del *marketing personalizado*, la obra hace un muy interesante análisis a la protección de la intimidad en su vertiente de protección de datos personales. También este discurso permite aproximarse al lector y encontrar buenas pistas jurídicas para el análisis de otros supuestos, como el aquí referido, que si bien no son expresamente tratados, sí les son plenamente aplicables las consideraciones de la autora.

¹² La Red no es un medio carente de regulación. *Vid.*, por todos, a L. EDWARDS y C. WAELDE, *Law and the Internet, regulating Cyberspace*, Oxford, 1997, p. 9, y P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 3.ª ed., Madrid, 2002, pp. 92-93. El problema es la dificultad de saber cuál es la norma que ha de respetarse en cada caso: A. TATO PLAZA, «El Derecho de la Publicidad: Evolución y estado actual», *RAAP*, núm. 89, septiembre de 2004, pp. 38-46.

van a la autora a apoyar, al margen de los intentos de regulación unitaria, la tesis de que lo conveniente es una regulación de carácter plural. Y sistemas como el de la co-regulación o regulación mixta entre el régimen normativo tradicional y la autonormación¹³. No siendo menos importante la precisa cooperación internacional a fin de instaurar unos criterios comunes para el desarrollo de la actividad mercantil *on line* y, en particular, de la difusión publicitaria.

VI

En el análisis de las formas publicitarias *on line* la obra distingue entre los canales que permiten la difusión promocional a un colectivo no individualizado (*banners*, por ejemplo), de los que van dirigidos a sujetos determinados (como el correo electrónico personal). La autora justifica esta taxonomía en la diferente regulación de estos fenómenos y la incidencia que en las modalidades individualizadas tienen los datos de carácter personal y, por ende, el respeto de las normas existentes en este sentido. En definitiva se trata de analizar la problemática jurídica de los instrumentos del *marketing personalizado*, el cual subyace en la idea de adaptar el mensaje a las preferencias del destinatario, para lo cual es necesaria una labor de *datamining*, de difícil convivencia con las normas de protección de datos.

La obtención y tratamiento de información de carácter personal *off line* y en la Red presenta una gran diferencia y es que *on line* los datos pueden recopilarse directamente mediante su solicitud al titular o a través del establecimiento de técnicas electrónicas que, en ocasiones, el interesado desconoce. Además, no puede olvidarse que la mera conexión a Internet ofrece al servidor unos datos que, aunque aislados no son significativos, si se relacionan entre sí pueden llegar a identificar a un usuario¹⁴.

¹³ También en la publicidad *on line* las entidades autonormativas y la colaboración entre entidades se revela como un sistema hábil de regulación del mercado publicitario. No es éste lugar para extenderse en las virtudes de estas entidades (*rectius* Autocontrol de la Publicidad) ni probablemente sea necesario, pues frente a cualquier discurso sobre la naturaleza y alcance de sus resoluciones, se alza ya una trayectoria de eficaz regulación del mercado. La naturaleza de sus normas y resoluciones no es trascendente para poder aproximarse a ellas también desde el «principio de control en origen» y de «reconocimiento mutuo».

¹⁴ Asimismo, en la obra se estudian las exigencias que establece la norma respecto de la creación de ficheros de titularidad pública y de titularidad privada. Arriesgándose la autora a plantear algunos problemas de interpretación jurídica. Tal es el caso de las fuentes que taxativamente se consideran accesibles al público: los repertorios telefónicos, las listas de profesionales o el censo promocional, los publicados en boletines oficiales y los que constan en los medios de comunicación. Más aún si se tiene en cuenta que está permitido recabar información o datos de estas fuentes con fines publicitarios presumiéndose el consentimiento del interesado, lo que es bastante presumir.

En la captación, incontestada, de datos de carácter personal en la Red se conocen diversos instrumentos de cuyo análisis jurídico se ocupa también esta obra. Técnicas informáticas de obtención de información de los usuarios (como los «troyanos»), en concreto del establecimiento de archivos *cookies* o similares¹⁵. Se establece por la autora, con sencillez más que inocencia, un elenco de requisitos de legalidad. A saber: la previa información al sujeto afectado, la obtención de la conformidad del mismo y la finalidad legítima de la recopilación. Los dos primeros están íntimamente relacionados, pues en el caso de que los datos que se recopilan sean de carácter «básico» se exige que el interesado manifieste su consentimiento de modo *libre, informado e inequívoco*. Los problemas se sitúan en cuanto a la forma en la que debe facilitarse la información al interesado en el entorno electrónico y el plazo de tiempo en el que ha de hacerse efectiva esta obligación¹⁶.

VII

En el tercer bloque del trabajo la autora se ocupa de la actividad publicitaria que se difunde a través de medios masivos que alcanza a un colectivo indeterminado de sujetos y que debe ser claramente identificada como tal, al igual que el sujeto en nombre del que se realiza. En el supuesto de que en la misma se inserten ofertas, descuentos, premios o concursos comerciales, además, las condiciones de participación han de ser inequívocas y de fácil acceso para los usuarios.

Los diversos mecanismos existentes son individualmente tratados, descritos, clasificados y calificados: páginas *web* (como soportes publicitarios); instrumentos electrónicos que permiten ejercer la publicidad en las mismas (anuncios electrónicos *banners* y *pop-ups*) y las comunicaciones comerciales que se distribuyen a través de los canales de inter-

¹⁵ Considerando 25 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). *DOUE* L9, de 13 julio.

¹⁶ El trabajo de la doctora VÁZQUEZ RUANO entra en mucho detalle, más del que un modesto prólogo debe reseñar. Se ocupa, por ejemplo, del idioma en el que debe cumplirse este tercer requisito. La ausencia de una determinada pauta normativa hace que la autora entienda que se emplee la lengua del servidor *web* que permite su instalación. Curiosamente en este supuesto decae algo el principio inspirador de gran parte de este trabajo. No se opta por la fórmula más tuitiva para el navegante, cual sería exigir que la advertencia legal se hiciera en el idioma del navegador, optando la autora por atemperar ese principio tuitivo con el de imputación razonable de cargas, esto es, con exigir que la advertencia se produzca en el idioma de la *web*, ya que en otro caso, si se utiliza el idioma del navegador del usuario, los servidores que insertan este tipo de técnicas han de modificar su comunicación informativa en razón del idioma empleado en cada caso, lo cual supone imputar un coste excesivo.

cambio de información ubicados en páginas en Internet (charlas en tiempo real, foros de debate y grupos de noticias). La relación no agota el tema. Como hemos indicado en diversos momentos la evolución de las técnicas publicitarias es constante. No tendría sentido que un trabajo jurídico como éste pretendiera agotarlas, pues lo condenaría a la obsolescencia inmediata. Precisamente la virtud del libro prologado es la capacidad de identificar elementos esenciales de estos fenómenos, calificarlos jurídicamente y aportar información sobre su régimen jurídico. En definitiva, la creación de categorías jurídicas con las que aproximarnos al estudio de otros o nuevos fenómenos.

En este grupo de modalidades publicitarias se identifican en la obra diversos condicionamientos jurídicos para su validez legal extraídos de su propia naturaleza publicitaria y concurrencial independiente de presentarse *on line*: identificación como publicidad, veracidad... El incumplimiento de estas exigencias dará lugar a un supuesto de publicidad ilícita por engañosa. Para el supuesto en el que la página promocional se realice por un tercero independiente del anunciante y sin recibir a cambio una determinada prestación económica u ocultándose la naturaleza publicitaria de la misma o la identidad del anunciante, será una publicidad contraria a Derecho por encubierta. Por eso en el presente trabajo se indica que el deber de identificación del mensaje publicitario en estos casos adquiere una especial importancia. Si bien existen supuestos en los que el canal de intercambio de comunicaciones es de naturaleza publicitaria, en cuyo caso pudiera exigirse un *plus*, cual es que el contenido de la publicidad esté relacionado con la temática que en dicho canal se está tratando. Este requerimiento adicional es el que añade la autora, también, en el caso de los anuncios *banners* y *pop-ups* que sirvan de enlace hacia sitios *web* de terceros. En concreto, pone de manifiesto que su contenido guarde relación con el de la página en la que se prevén, esencialmente, respecto de aquellas cuyo público es un colectivo especialmente protegido.

VIII

Finalizamos. Ya dijimos que en origen este trabajo constituyó la tesis doctoral de la profesora VÁZQUEZ RUANO. En la clasificación de este tipo de trabajos suele distinguirse entre investigaciones terminales y germinales. Por las primeras entendemos aquellas en las que el autor inicia y agota el objeto de su estudio. Por las germinales venimos a conocer aquellas otras en las que la investigación abre un nuevo ámbito de estudio que puede ser continuado, por el propio autor o por terceros.

En mi opinión la monografía que tiene el lector en sus manos tiene como principal virtud precisamente este carácter germinal. Se describen los fenómenos, se distinguen sus elementos esenciales para un discurso jurídico y se los clasifica y califica. Se ofrece al lector un sistema de conocimiento de la fenomenología cambiante de la publicidad realizada mediante las Nuevas Tecnologías. Este sistema, su flexibilidad y firmeza, está a salvo de la obsolescencia frívola del que vive apegado a la circunstancia. Se trata de un discurso jurídico bien informado y formado con donosura, conocimiento y acierto.

Juan Ignacio PEINADO GRACIA

En un punto indeterminado la línea AVE Málaga-Madrid,
el 30 de mayo de 2008. Festividad de San Fernando, primero en virtud
y tercero en su regia estirpe, que tanto hizo por Andalucía. ¡Y él sin saberlo!