



Julio 2004

La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico

Mabel López García

ISBN: 84-688-7850-2

Para citar este libro puede utilizar el siguiente formato:

· **López García**, Mabel (2004): La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico. Editado por eumed.net; accesible a texto completo en [html://www.eumed.net/cursecon/libreria/](http://www.eumed.net/cursecon/libreria/)

Envíe los comentarios sobre el texto directamente a la autora:

MabelLopezGarcia@hotmail.com

INDICE

1. Introducción	4
2. Aproximación conceptual de la publicidad	6
2.1. <u>Introducción</u>	6
2.2. <u>Concepto de publicidad y naturaleza jurídica</u>	8
2.2.1. Concepto de publicidad.....	8
2.2.2. Naturaleza jurídica.....	17
2.3. <u>Diferencias entre publicidad y oferta. Publicidad comercial y deber de información</u>	20
2.4. <u>Internet: nuevo medio publicitario</u>	25
3. La protección jurídica de los consumidores y usuarios ante la publicidad	29
3.1. <u>Aspectos generales</u>	29
3.2. <u>La publicidad ilícita</u>	32
3.2.1. Introducción.....	32
3.2.2. Publicidad contraria a la Constitución.....	36
3.2.3. Publicidad engañosa.....	41
3.2.4. Publicidad desleal.....	46
3.2.5. Publicidad subliminal.....	50
3.2.6. Publicidad contraria a la normativa específica que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.....	51
3.3. <u>Protección jurídica ante la publicidad en Internet</u>	52
3.3.1. El comercio electrónico y la publicidad en Internet.....	52
3.3.2. Supuestos específicos de publicidad en Internet:.....	55
3.3.2.1. <i>Web de marca o empresa</i>	55
3.3.2.2. <i>Pop up, banners y Keywordbanners</i>	56
3.3.2.3. <i>Correo electrónico</i>	58
3.3.2.4. <i>Juegos y videos</i>	59
3.3.3. Defensa de los consumidores.....	60
3.3.3.1. <i>El deber de identificación del mensaje publicitario</i>	60
3.3.3.2. <i>La prohibición de correo electrónico no solicitado</i>	62
3.3.3.3. <i>El deber de información previo</i>	64

3.3.3.4. Cesación y rectificación de la publicidad.....	70
3.3.3.5. La integración de la publicidad en los contratos.....	75
3.3.3.6. El autocontrol como sistema de protección en Internet.....	78
<u>3.3.3.6.1.Los códigos de conducta.</u>	82
<u>3.3.3.6.2.Medidas específicas recogidas en el Código ético de publicidad interactiva y comercio por Internet.</u>	82
4. Conclusiones.	88
5. Bibliografía.	91
6. Normativa.	96
7. Jurisprudencia.	99

1. Introducción

El trabajo que se presenta: “La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico”, tiene como objeto el análisis y la construcción dogmática de la protección jurídica de los consumidores y usuarios frente a la publicidad que se da en el comercio electrónico, vinculado a la comúnmente llamada sociedad de la información, con lo que se hace referencia a las redes de telecomunicaciones y en especial a Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de informaciones, bienes y servicios.

En el marco del desarrollo de la sociedad de la información se sitúa el comercio electrónico que viene determinado por el conjunto de relaciones en las que realiza la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones teniendo como objetivo primordial la venta y compra de servicios y bienes.

La publicidad como modo de comunicación tiene una gran repercusión social por el poder de difusión que ha alcanzado y por la manipulación casi siempre implícita del mensaje publicitario, factores ambos que han determinado que sea la publicidad uno de los conceptos que se han convertido en símbolo del movimiento de defensa del consumidor. Estas dos razones hacen también que la publicidad sea el principal medio de información precontractual, al menos desde el punto de vista del número de personas a quienes llega¹.

El estudio de la protección del consumidor ante la publicidad no puede analizarse sin atender previamente a los intereses protegibles. Dichos intereses están determinados en la propia Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, y se protegen en el ámbito de la publicidad por medio de la delimitación de la publicidad ilícita. La transposición de esto a los nuevos campos de la sociedad de la información nos lleva a plantearnos si: ¿las tiendas virtuales o webs de marcas o empresas pueden atentar contra el derecho de los consumidores a la información de los productos que se publicitan y ofertan?, ¿qué ocurre si un potencial consumidor accede a productos que no son los deseados en principio, como consecuencia de la publicidad en banners, metatags o pop up?, ¿estamos en estos supuestos ante

¹ PÉREZ GARCÍA, P.A.: “La información en la contratación privada”, Ministerio de Sanidad y consumo, Madrid, 1990, p.197.

publicidad engañosa y desleal?, ¿qué problema jurídico plantea en atención a los consumidores el correo no deseado o spam?, ¿este tipo de publicidad atenta contra los derechos reconocidos en la Constitución: especialmente el derecho a la intimidad?.

Dar las respuestas a estas preguntas resulta complejo y ello porque no vienen determinadas taxativamente en ninguna Ley, salvo las apreciaciones generales que se establecen en la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Las diferencias del comercio electrónico y especialmente de la publicidad en Internet se encuentran en el empleo de las nuevas tecnologías, por lo que tenemos que realizar una interpretación normativa para encontrar en el derecho existente la respuesta a los nuevos problemas jurídicos.

La interpretación de las normas se realizará atendiendo a la intención del legislador y los intereses protegidos de un modo tal que no demos en ningún caso soluciones contradictorias ni inaplicables. Para lo cual se hace necesario el estudio de la jurisprudencia publicitaria y de las opiniones doctrinales.

En nuestro trabajo realizamos una exposición analítica y descriptiva que abarca de lo más general a lo más concreto para facilitar la redacción y evitar la excesiva repetición de ideas. Pero la investigación se ha llevado a cabo en el sentido inverso: partiendo de los tipos publicitarios existentes en el comercio electrónico he intentado dar respuesta a los problemas jurídicos, siendo necesario para ello determinar previamente ¿qué es la publicidad?, ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué especialidad tiene Internet como medio publicitario? y ¿cuáles son los intereses protegibles de los consumidores?.

2. Aproximación conceptual de la publicidad

2.1. Introducción

La publicidad es un fenómeno comunicativo complejo, que afecta a diversos campos de la actividad humana y entre ellas al derecho, en cuanto influyen aspectos tanto del Derecho a la Información como del Derecho Mercantil².

La publicidad en su sentido más puro se define como “cualidad o estado de público”³. Su origen se sitúa en la antigua Grecia y se vincula con la transmisión oral de informaciones que se desean dar a conocer: edictos, noticias de interés general, etc. Será durante el Imperio Romano cuando, en la ciudad de Pompeya, se realicen los primeros anuncios con los que se pretenderá atraer la atención del público; estos anuncios tendrán un esquema muy básico: pinturas, mármoles de color, relieves, etc. A partir de este momento la actividad publicitaria denota un nuevo enfoque o concepción: a través de anuncios con los que se da a conocer un determinado establecimiento o lugar, la publicidad adquiere un elemento persuasivo consistente en la atracción del receptor del mensaje. Esta nueva acepción que adquiere el término publicidad se irá acrecentando con el paso del tiempo. Durante la Edad Media se produce un pequeño desarrollo, adquiriendo gran importancia las muestras o enseñas publicitarias en tabernas y posadas que han dado origen a la marca moderna. La invención de la imprenta provoca un nuevo cambio en la actividad publicitaria comercial, estableciéndose, definitivamente, la relación de la publicidad con los textos lingüísticos. Con la invención de la imprenta aparece la idea de que el lenguaje escrito es siempre verdadero, por lo que la mejor manera de dar a conocer un producto, establecimiento o servicio es a través del mensaje publicitario escrito⁴. Sin embargo, el mayor desarrollo de la publicidad entendida como publicidad comercial se producirá durante la Ilustración como consecuencia de la Revolución Industrial. En este momento se sientan las bases de la publicidad

² RODRÍGUEZ PARDO, J. : “Derecho de la comunicación”, Laverde, Santiago, 1999, p. 174 a 175.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: “Diccionario de la RAE”, www.rae.es, 2001.

⁴ NAVARRO, F.: “Enciclopedia Salvat”, t. 14, Salvat, Barcelona, 1997, p.3103.

como instrumento que en adelante servirá para informar sobre la actividad mercantil⁵. Los principios sociales y económicos que rigen esta nueva época se trasladan a todos los aspectos de la vida; la publicidad se desarrolla desde este momento como un modo de transmitir información con objeto de atraer a futuros compradores, las nuevas formas artísticas y técnicas se utilizan para la realización de anuncios publicitario (imágenes fáciles y de clara lectura, que no se olviden y que inciten al uso o a la compra). A partir de 1950 surge un nuevo tipo de publicidad realizada por equipos especializados basados en investigaciones sociológicas y psicológicas nuevas. Esta publicidad se caracterizará porque en vez de actuar sobre la racionalidad de los compradores, como se había hecho hasta entonces, actúa sobre el inconsciente, adquiriendo más relevancia el elemento persuasivo. Actualmente, los tipos de publicidad se han diversificado mucho, pudiéndose citar especialmente: el anuncio tradicional en prensa, el spot televisivo, el anuncio radiofónico, el publitreportaje, la marca, la tele-tienda, el eslogan, el marketing directo, las promociones, los juegos publicitarios y la esponsorización o patrocinio publicitario, a lo que se suma la publicidad en Internet.

Podemos comprobar como los modos de hacer publicidad han cambiado conforme cambia la sociedad y son cada vez más numerosos, siendo difícil diferenciar, en ocasiones, cuando se está haciendo publicidad⁶. Sin embargo, a pesar de haber cambiado la manera de hacer publicidad, lo que se mantiene siempre latente es el deseo de atraer la atención del receptor

⁵ SÁNCHEZ GUZMÁN: "Breve historia de la publicidad", Ciencia, Madrid, 1989, p.45 a 65. BELL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L. y COUSIDO GONZÁLEZ, M.P.: "Derecho de la información I. Sujetos y medios", Colex, Madrid, 1992, p.28 y 29. FERNÁNDEZ, A., BARNECHEA, E., HARO, J.: "Historia del Arte", Vicens-Vives, Barcelona, 1996, p. 527 a 529.

⁶ Como ejemplo cabe mencionar la esponsorización o patrocinio publicitario, por el cual a través de la vinculación de una empresa, marca o producto con un hecho o acontecimiento social lo que se busca, en un primer momento, es dar una visión de la empresa como órgano social y no como mero productor; o el publitreportaje, en el que se mezclan elementos del mensaje publicitario con otros propios del mensaje informativo.

del mensaje, siendo la persuasión un elemento común a todo mensaje publicitario⁷.

Desde un punto de vista terminológico y atendiendo a la evolución expuesta anteriormente, se ha de mantener una clara distinción entre la publicidad como cualidad de hacer público y la publicidad como medio de divulgación de anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.⁸ Jurídicamente la diferencia entre ambas es relevante: la primera acepción de publicidad es producto de un deber, en cambio la segunda acepción de publicidad supone el ejercicio de un derecho⁹.

Nosotros nos centraremos en el segundo concepto de publicidad, entendida como modo de comunicación en la que están presentes como elementos principales la libre información y la persuasión, nos centraremos en el mensaje publicitario. Desde este punto de vista delimitaremos el concepto y la naturaleza jurídica de la publicidad, a partir del cual la diferenciaremos del deber de información contractual y de la oferta y haremos especial referencia a las nuevas tecnologías como medio para realizar publicidad, atendiendo a los problemas jurídicos que se plantean en relación con la protección del consumidor y que será el núcleo de la investigación que posteriormente desarrollaremos.

2.2. Concepto y naturaleza jurídica de la publicidad

2.2.1. Concepto de publicidad

La comunicación publicitaria tiene tal variedad de facetas y tan diversas manifestaciones que su conceptualización no resulta fácil¹⁰. En la primera parte de la exposición atenderemos al concepto que se ha dado en los

⁷ RODRÍGUEZ PARDO, J. : "Derecho de la comunicación", o.c., p. 171.

⁸ VARIOS: "Nuevo diccionario ilustrado Sopena", Sopena, Barcelona, 1995, p.821. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "Diccionario de la RAE.", www.rae.es, 2001.

⁹ SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", Civitas, Madrid, 1989, p.55.

¹⁰ SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", o.c., p.70.

textos normativos, concepto que no acoge a toda la publicidad por lo que será necesario detenerse en la opinión doctrinal para delimitar qué es publicidad.

Lo que a nosotros nos interesa desde el punto de vista jurídico de la protección de los consumidores es la publicidad comercial. El desarrollo normativo de este tipo de publicidad lo encontramos tanto a nivel nacional como europeo.

La Ley general de publicidad 34/1988, de 11 de noviembre¹¹, define la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”¹². A pesar de que la Ley utiliza este concepto para definir la publicidad sin especificar nada más, debemos decir que lo que se está definiendo es la publicidad a efectos de dicha Ley y en ningún caso se está dando un concepto genérico de publicidad que abarcaría mucho más, como expondremos posteriormente. De este modo y aunque estemos ante una ley general el concepto de publicidad se encuentra limitado a la publicidad comercial¹³, algo de lo que es consciente el propio legislador que en el artículo 9 señala que serán de aplicación las normas contenidas en el Título III de la Ley a todos los contratos publicitarios aún cuando versen sobre actividades distintas a las comprendidas en el artículo 2; por lo cual la Ley general de publicidad sólo es general en materia de contratos publicitarios¹⁴.

La definición que da el legislador español de publicidad es prácticamente igual a la que se recoge en la Directiva 84/450, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, en la que se dice que publicidad es “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la

¹¹ Publicada en el BOE número 274, de 15 de noviembre de 1988.

¹² Véase el artículo 2 de la Ley.

¹³ MARTÍN GARCÍA, M.L.: “La publicidad. Su incidencia en la contratación”, Dykinson, Madrid, 2002, p.29. ESCOBAR DE LA SERNA, L.: “Derecho de la información”, Dykinson, Madrid, 2001, p.678.

prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. La diferencia que presenta la Ley española con la Directiva comunitaria es mínima:

- La Ley española especifica que el sujeto que realiza la comunicación puede ser tanto público como privado, algo a lo que la Directiva no parece darle importancia, haciendo referencia simplemente a sujetos.
- La Directiva señala la promoción de suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. En cambio la Ley española se refiere a la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones tanto de forma directa como indirecta. En este sentido debemos decir que la expresión que utiliza el legislador español es más amplia y engloba el suministro de productos¹⁵, sin necesidad de mención expresa.

Ambos textos legales realizan una definición de la publicidad en sentido específico referido a la comunicación comercial por ser este tipo de publicidad la que mayores problemas jurídicos plantea en relación con la defensa de los consumidores y usuario y la libertad de empresa¹⁶. A este tipo de publicidad se refiere también el Libro Verde de la Comisión sobre las comunicaciones comerciales en el Mercado Interior, de 23 de mayo de 1996,

¹⁴ SANTAELLA LÓPEZ, M. “El nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.25.

¹⁵ MARTÍN GARCÍA, M.L.: “La publicidad: su incidencia en la contratación”, o.c., p.29.

¹⁶ BANDO CASADO, H.C.: “La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios”, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1991, p.54. RODRÍGUEZ PARDO, J.: “Derecho de la comunicación”, o.c., p.182. Véase también: los considerandos 2 y 5 de la DIRECTIVA 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (publicada en el DOCE L 290/18 de 23 de octubre de 1997) y el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, (publicada en el BOE número 259, de 29 de octubre de 2002).

en el que se define la comunicación comercial como “toda tipo de comunicación que tenga como finalidad la promoción bien de los servicios, los productos o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores”¹⁷. Y es que la publicidad desde el punto de vista del consumidor tiene una repercusión relevante y de obligada regulación, pues como señalan Massaguer y Palau existen un conjunto de técnicas de ventas que atraen la atención de los consumidores hacia las prestaciones ofrecidas alterando o pudiendo alterar el proceso racional de toma de decisiones de mercado, bien mediante su inducción a error o bien mediante su sometimiento a una presión psicológica, influencia abusiva o a circunstancias que interfieren u obstaculizan la reflexión y decisión de compra¹⁸.

Pero lo dicho no nos puede hacer confundir y concluir que toda publicidad es publicidad comercial. La vinculación de la publicidad con la actividad comercial ha producido que pueda parecer dicha relación definitoria del concepto de publicidad¹⁹, lo cual no nos parece equívoco pero si incompleto, al igual que a Santaella López²⁰ entre otros²¹. Y ello, porque junto a la publicidad comercial, - aquélla por la cual se da a conocer una marca, producto o empresa con la finalidad de atraer a posibles consumidores -, se puede hablar de otros tipos de publicidad que aún estando dotadas de un carácter persuasivo, carecen de toda finalidad comercial.

El elemento que caracteriza a la publicidad como mensaje informativo autónomo y diferente del resto no es la finalidad comercial. Con esta finalidad

¹⁷ http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm

¹⁸ MASSAGUER, J. y PALAU, F.: “El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los consumidores en la Unión Europea”, <http://www.consumo-inc.es/informes/interior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf>. Véase también el Libro Verde sobre la Protección de los consumidores en la Unión Europea, http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm

¹⁹ BROSETA PONS, M.: “Manual de Derecho Mercantil”, Tecnos, Madrid, 1994, p.155.

²⁰ SANTAELLA LÓPEZ, M.: “El nuevo derecho de la publicidad”, o.c. , p.57.

²¹ MARTÍN GARCÍA, M.L.: “La publicidad. Su incidencia en la contratación”, o.c., p.30. ESCOBAR DE LA SERNA, L.: “Derecho de la información”, Dykinson, Madrid, 2001, p. 677 a 680. VICENT CHULIA, F.: “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, Bosh, Barcelona, 1988, p.81.

se hace referencia a un tipo de publicidad, pero la publicidad en sentido genérico, -como modo de comunicación-, se define por ser un mensaje comunicativo compuesto²² con el que se pretende influir en el receptor para que tenga un determinado comportamiento, aplicando unas técnicas específicas ya sean sobre el subconsciente o sobre la racionalidad. Los mensajes publicitarios pretenden transmitir una información convenciendo a los receptores para que modifiquen su conducta y decidan comprar un producto, votar por un partido político, respetar las normas de tráfico, etc.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí definimos la publicidad, -de un modo muy simple- como un mensaje informativo con un carácter determinado, persuasivo, que se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas. De este concepto extraemos la existencia de dos elementos que configuran la definición:

- Elemento objetivo: mensaje informativo.

La definición de la publicidad como mensaje informativo se debe a una argumentación que nos parece jurídicamente la más acertada: “El mensaje publicitario es el objeto de la comunicación publicitaria. Sobre tal objeto inciden los sujetos que intervienen o participan en el proceso comunicativo: anunciantes, agencias de publicidad y medios de publicidad. Cada uno de estos sujetos tienen su esfera propia de derechos y deberes en la relación con el objeto; derechos y deberes de origen contractual o extracontractual. Los remedios establecidos por el ordenamiento jurídico frente a la publicidad ilícita tiene una aplicación más concreta y precisa si se refiere al objeto de la comunicación publicitaria, mediante la utilización del concepto jurídico de mensaje publicitario, para determinar el contenido ilícito y su imputación a cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso comunicativo publicitario²³”.

²² DESANTES GUANTER, J.M., BELL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO GONZÁLEZ, M.P., GARCÍA SANZ, R.M.: “Derecho de la información II. Los mensajes informativos”, Colex, 1994, p.115.

²³ SANTAELLA LÓPEZ, M. :”El nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.104. Véase también a BELL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L. y COUSIDO GONZÁLEZ, M.P.: “Derecho de la información I. Sujetos y medios”, o.c., p.409. DESANTES GUANTER, J.M., BEL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO

- Elemento subjetivo: carácter persuasivo.

El carácter persuasivo no se muestra claramente diferenciado del elemento objetivo, siendo la conjunción de ambos el mensaje publicitario. La simple selección de lo que se quiere decir en el mensaje nos presenta parte del elemento subjetivo de la publicidad. Sin embargo, la persuasión en la publicidad no se limita a esto; si fuera así, prácticamente, cualquier información recibida de alguien que quiera influir sobre nosotros sería publicidad. El elemento subjetivo de la publicidad hace referencia a la utilización de técnicas lingüísticas y psicológicas, por las cuales se influye en la decisión del receptor del mensaje, y a la utilización de técnicas artísticas que dotan a la publicidad del carácter de obra o creación artística y que se reconoce en artículo 23 de la Ley general de publicidad, siendo de aplicación la normativa referida a la propiedad intelectual²⁴.

Retomando todo lo dicho podemos establecer la siguiente clasificación en relación al concepto de publicidad en sentido general:

- a) Publicidad como cualidad de hacer público, directamente vinculado con el deber de información de determinados hechos, actos o informaciones de interés público. Este tipo de publicidad no implica como tal la difusibilidad aunque a veces sea el instrumento para hacer público tales contenidos. A modo de ejemplo mencionamos: el carácter abierto al público de las sesiones parlamentarias y de las

GONZÁLEZ, M.P., GARCÍA SANZ, R.M.: "Derecho de la información II. Los mensajes informativos", o.c., p.114-116.

²⁴ El artículo 23 de la Ley general de publicidad, es uno de los artículos de aplicación general a todo tipo de publicidad, tal y como dispone el artículo 9 de la misma Ley, por lo que el reconocimiento de creación artística a las obras publicitarias se hace de un modo general, siendo esto un elemento común a toda la publicidad. Véase, además, el artículo 10 y 86 de la Ley de propiedad intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE número 97, de 22 de abril de 1996. En relación a los derechos de autor del publicitario se refiere RODRÍGUEZ PARDO, J.: "Derecho de la comunicación", o.c., p.209 y ss. y COUSIDO GÓNZALEZ, M.P.: "Derecho de la comunicación audiovisual y de las telecomunicaciones", Colex, Madrid, 2001, p.149 y ss.

vistas judiciales (salvo excepciones), la publicidad de las normas y la rectificación como consecuencia del ejercicio general del derecho de los particulares.

- b) Publicidad como modo específico de comunicación (mensaje publicitario), como mensaje informativo discrecional con un carácter y fin persuasivo que se realiza y difunde de acuerdo a técnicas específicas. A modo de ejemplo podemos citar: la campaña electoral institucional, anuncios de la actividad comunicacional administrativa, anuncios de una determinada marca, producto, establecimiento o servicio comercial.

Centrándonos en la segunda noción de publicidad, debemos concretar más el concepto para poder atender a las repercusiones jurídicas de la publicidad en los consumidores. Pues la publicidad entendida como mensaje publicitario puede tener una finalidad comercial o no:

b.1) Mensaje publicitario comercial: Se realiza por o por cuenta de sujetos que actúan en ejercicio de su libre voluntad, por tanto sin deber jurídico, como medio para promover la contratación de bienes o servicios, ya sea a corto o a largo plazo. En este punto se incluye tanto la publicidad directa: el mensaje publicitario referido a un producto que tiene como objeto único el aumento de ventas; y la publicidad indirecta, de retorno o social, concepto que utiliza Díez Picazo²⁵ entre otros²⁶ para referirse a la esponsorización o patrocinio publicitario de carácter comercial: aquí el mensaje publicitario va referido a sujetos y no a productos, el objetivo primero es mostrar al anunciante como parte integrada de la

²⁵ DÍEZ PICAZO, L.: "El contrato de esponsorización", Anuario de Derecho Civil, tomo IV, 1994, p. 5 a 15.

²⁶ CARRETERO LESTÓN, J.L.: "Las fórmulas legales para fomentar el patrocinio y mecenazgo deportivos a nivel estatal: ¿ley deportiva o ley fiscal?", en prensa.

sociedad²⁷ a través del fomento de actividades o hechos de interés general con el objetivo de que dicha función sea socialmente reconocida incidiendo posteriormente en un beneficio. A la publicidad indirecta se refieren los técnicos publicitarios como publicidad institucional privada o publicidad institucional de empresa, en tanto que el objetivo primero de la empresa es la institucionalización, dejar claro que la empresa o entidad firmante es parte integrada e importante de la sociedad²⁸.

b.2.) Mensaje publicitario no comercial: Se realiza por sujetos que no buscan ni siquiera indirectamente la promoción de un producto o servicio y su venta. Puede estar realizada tanto por órganos públicos en el desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público como por entes privados en el ejercicio de actividades de patrocinio publicitario no comercial: en el que se difunde un mensaje referido a un sujeto a través del fomento de una determinada actividad de interés general con una finalidad inmaterial²⁹.

Para este tipo de publicidad cuando es realizada por órganos públicos se utiliza el término de publicidad institucional, entendiéndose por tal la publicidad no gratuita promovida por el Estado o Administraciones públicas y contratada con los medios de comunicación social. Según Souvirón Morenilla la publicidad institucional se diferencia de la publicidad comercial –o publicidad en sentido propio, como él dice- en el carácter no comercial del

²⁷ GARCÍA INDA, A.: “Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas”, en Revista de Autocontrol de la publicidad, n°69, 2002, p.22. CORREDOIRA Y ALFONSO, L.: “El patrocinio”, Bosh, Barcelona, 1991, p.55. SANTAELLA LÓPEZ, M.: “El nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.64.

²⁸ SZYBOWICZ, A. y MAGISTRALI, S.: “Esponsorización y mecenazgo”, Gestión 2000, p.27.

²⁹ Como ejemplo podemos citar el mensaje publicitario que se difunde a través de los carteles de un concierto en los que “Cruz Roja” ha participado como colaboradora, aquí la publicidad se realiza sobre la propia persona jurídica con la única finalidad del reconocimiento social.

mensaje y en el carácter no empresarial del anunciante³⁰. Aunque hace referencia a que en el ordenamiento se reconoce como publicidad institucional toda aquella en la que el anunciante es la Administración pública independientemente de que se incluyan mensajes de promoción de bienes y servicios producidos por el sector público³¹.

Como hemos visto la publicidad no se limita al comercio, y por ello hemos tratado de dar una visión amplia del concepto de publicidad. Nosotros utilizaremos el término de publicidad como modo de comunicación que dotada de un carácter específico persuasivo se utiliza como mensaje informativo especial con una intención determinada, consistente en influir en la toma de decisiones del receptor del mensaje. Sin embargo, en lo que se refiere a la protección de los consumidores deberemos atender exclusivamente a la publicidad comercial, atendiendo a ésta como un tipo de publicidad; es aquella publicidad que se lleva a cabo con la intención de provocar un acercamiento a

³⁰ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: "Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión", Comares, Granada, 1999, p.461. En relación al estudio de la publicidad institucional puede leerse también a GARCÍA INDA, A.: "Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas", o.c., 2002, p.21 a 30.

³¹ La regulación legal en torno a la publicidad institucional es escasa, actualmente sólo tres leyes autonómicas tratan el tema: la Ley 5/1995, de 6 de noviembre, reguladora de la publicidad institucional en Andalucía (publicada en el BOE número 142, de 11 de noviembre de 1995), Ley 7/2003 de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad de Valencia (publicada en el BOE número 87, de 11 de abril de 2003) y la Ley 16/2003 de 24 de marzo, sobre publicidad institucional de la Comunidad de Aragón (publicada en el BOE número 109, de 7 de mayo de 2003). La Ley andaluza delimita el concepto de publicidad en sentido positivo realizando una clasificación acerca de qué es publicidad institucional, en cambio tanto la Ley valenciana como la Ley aragonesa delimitan el concepto en sentido positivo y negativo: considerando publicidad institucional toda aquélla que esté realizada por instituciones, administraciones y demás entes públicos salvo las realizadas en el ejercicio de una actividad comercial y la publicidad normativa o de actos, hechos, etc. que deban publicarse legalmente.

la marca, producto o empresa en el potencial consumidor, es un mensaje informativo que con un carácter persuasivo se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas y que actúa como medio de captación de sujetos promoviendo la contratación de bienes y servicios.

2.2.2. Naturaleza jurídica de la publicidad

La publicidad como modo de comunicación forma parte del *ius communicationes* situándose en un campo fronterizo al Derecho de la Información³². La publicidad está constituida por un mensaje de hechos al que se incorpora la persuasión y la opinión, siendo esto mismo lo que configura la naturaleza de la publicidad y que condiciona los principios jurídicos aplicables³³.

Lo dicho resulta lógico con el concepto dado de publicidad en líneas anteriores y con los textos legales que definen la publicidad como “toda forma de comunicación”³⁴. Sin embargo, la interpretación que por los tribunales españoles se ha estado dando del concepto es muy diferente; debido a que los tribunales se limitan al concepto legal de publicidad comercial y centran el punto de atención en la finalidad lucrativa de este tipo de publicidad. El Tribunal Supremo e igualmente el Tribunal Constitucional han entendido que la publicidad no puede considerarse asimilable a la actividad o función informativa; la publicidad no se traduce en la mera expresión de pensamientos, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier medio de reproducción, como indica el artículo 20 de la Constitución Española, sino que la publicidad se traduce en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad³⁵; el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria, marca una diferencia

³² SANTAELLA LÓPEZ, M.: “El nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.33.

³³ DESANTES GUANTER, J.M., BEL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO GONZÁLEZ M.P., GARCÍA SANZ, R.M., : “Derecho de la información II ...”, o.c.,p.114-115.

³⁴ Ley 34/1988 general de publicidad, c., Directiva 84/450, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, c.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1988, RJ 1988/7252, fundamento jurídico tercero.

profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que la publicidad, aún siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones³⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, no comparte esta opinión y entiende que la libertad de expresión se debe garantizar a todas las personas, sin distinguir la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido, abarcando a la expresión artística, a las informaciones de carácter comercial y a los mensajes publicitarios³⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entiende que los mensajes publicitarios como hecho comunicativo propio están amparados en el ejercicio de la libertad de expresión³⁸.

La publicidad comercial como hecho comunicativo se realiza en el ejercicio de la libertad de expresión, pero a la vez en la libertad de mercado³⁹.

³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, de 17 de abril de 1989, Recurso de Amparo 1908/88 .

³⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994, caso "Casado Coca contra España", Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, vol. 285, Estrasburgo, 1994, párrafo 35.

³⁸ En su Sentencia "Barthold" contra Alemania de 25 de marzo de 1985 (Serie A, vol.90, párrafo 42), el Tribunal había dejado abierta la cuestión de saber si la publicidad comercial como tal goza de las garantías del artículo 10, pero su jurisprudencia posterior proporciona algunas indicaciones a este respecto. El artículo 10 no actúa solamente para ciertos tipos de informaciones, ideas o modos de expresión (Sentencia "Mark Itern Verlag Gmbh y Klaus Beermann" contra Alemania, de 20 de noviembre de 1989, serie A, vol. 165, párrafo 26), fundamentalmente las de naturaleza política; el artículo 10 abarca también la expresión artística (Sentencia "Müller y otros" contra Suiza, del 24 de mayo de 1988, serie A, vol. 133, párrafo 27), las informaciones de carácter comercial (Sentencia "Mark Itern Verlag Gmbh y Klaus Beermann" , citada) o incluso la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable (Sentencia "Gropper Radio AG y otros" contra Suiza, de 28 de marzo de 1990, serie A, vol. 173, párrafo 54 y55). En igual sentido se manifiesta en el Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado interior, de 23 de mayo de 1996.

³⁹ SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", o.c., p.55.

Constituye para el ciudadano un medio para conocer las características de los bienes y servicios que se ofrecen. De modo que la libertad de expresión se encuentra limitada en su desarrollo, especialmente para impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa, límite que no obstruye el ejercicio del derecho sino que ordena su aplicación concreta. La naturaleza jurídica de la publicidad comercial vienen configurada por ser a la vez comunicacional y económica⁴⁰. No creemos que la actividad publicitaria carezca de los requisitos establecidos en el artículo 20 de nuestra Constitución: expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier medio de reproducción. Al contrario, entendemos que la base de la publicidad se encuentra en él, pero a ello se le añade un elemento subjetivo que la diferencia de otros fenómenos análogos. La publicidad se presenta como un fenómeno comunicativo autónomo⁴¹ que requiere un atento control de los tribunales para mantener el equilibrio de las libertades. Y parece que el Tribunal Constitucional, a pesar del fundamento dado en la sentencia de 17 de abril de 1989 no se aleja demasiado de esta idea. En la sentencia de 4 de octubre de 1993 sobre un supuesto de actividad de abogados, el Tribunal Constitucional anula una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990 al estimar que faltaba una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego. El Tribunal Constitucional consideró que es preciso realizar una adecuada ponderación de los derechos fundamentales en juego, valorando las limitaciones y las condiciones de la libertad de expresión⁴².

⁴⁰ GONZÁLEZ MARTÍN, J.A. : “La publicidad desde el consumidor”, Eroski, Elorrio, 1991, p.14 a 17.

⁴¹ SANTAELLA LÓPEZ, M.: “Introducción al derecho de la publicidad”, Civitas, Madrid, 1982, p.40.

⁴² Acerca de los límites de la publicidad como manifestación del derecho a libertad de expresión véase a FRANCISCO MARCOS: “Comentario de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de enero de 2000 sobre publicidad de abogados”. En la Revista Autocontrol de la Publicidad, n°47, 2000.

2.3. Diferencias entre publicidad comercial y oferta. Publicidad comercial y deber de información.

En líneas anteriores nos hemos detenido en el concepto de publicidad comercial. La hemos definido como un mensaje informativo de carácter persuasivo que se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas y que actúa como medio de captación de sujetos promoviendo la contratación de bienes o servicios.

La publicidad como modo de comunicación es uno de los medios que garantiza la toma de contacto entre empresario y consumidor⁴³. Por ello es importante para el estudio que se realiza atender a la relación existente entre el sujeto emisor del mensaje publicitario; el anunciante, y el receptor del mensaje; un potencial consumidor. El anunciante emite un mensaje con dos elementos claros que configuran el objeto de la publicidad: el elemento objetivo, con el que se hace referencia a la información que se quiere dar a conocer (información que sin faltar a la verdad⁴⁴ tiene un determinado carácter persuasivo), y el elemento subjetivo con el que se hace referencia a la voluntad del emisor de dar a conocer una marca, producto o empresa (supone una incitación al receptor del mensaje para que compre). Para que se vea satisfecha la finalidad de la publicidad comercial el receptor ha de tener un determinado comportamiento consistente en la búsqueda de la oferta para la perfección de un contrato.

Desde el momento en el que se emite el mensaje publicitario aparece una relación entre los sujetos partes (vendedor-consumidor). Sin embargo, no existe un vínculo jurídico entre las partes hasta que no se haya perfeccionado un determinado contrato⁴⁵. Por ello, debemos preguntarnos si la publicidad es

⁴³ MARTÍN GARCÍA, M.L.: "La publicidad y su incidencia en la contratación", o.c., p.34.

⁴⁴ Es importante hacer esta apreciación sobre la veracidad del mensaje publicitario, dado que como veremos detenidamente más adelante la ilicitud e ilegalidad de la publicidad viene determinada entre otros motivos por la falta de veracidad, tal y como se señala en la Ley general de publicidad.

⁴⁵ Como señala De Castro, "el Derecho no atiende al efecto que se diga conocido o querido, sino que tiene en cuenta como querido el propósito práctico negocial, y conforme al mismo establece cuál haya de ser su eficacia jurídica. La existencia de una voluntad dirigida expresamente a que lo hecho y dicho tenga eficacia jurídica, en general o en concreto, se estima superflua.[DE CASTRO, F.: "El negocio jurídico",

una autentica oferta de contrato (cuya aceptación daría lugar al nacimiento de un contrato) o si, por el contrario, es una simple invitación a negociar. La primera toma de contacto entre vendedor y consumidor se produce, en la mayoría de las ocasiones, como consecuencia de la publicidad comercial y a partir de aquí se desencadena una relación que puede finalizar en un negocio jurídico de compraventa, arrendamiento...

La oferta es “una propuesta de contrato que una persona hace a otra”⁴⁶, “una proposición seria de realizar un contrato dirigida a una persona determinada o a un colectivo”⁴⁷, es “una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación”⁴⁸. Atendiendo a esto, la oferta es en primer lugar una declaración de voluntad unilateral que contiene todos los elementos del contrato y que el oferente emite con una seria intención de obligarse y dar a conocer al destinatario⁴⁹. En la oferta, el emisor oferente transmite un mensaje con un marcado carácter informativo y con una clara voluntad de contratar. La finalidad del oferente será satisfecha si el receptor del mensaje acepta la oferta, momento en el cual se produce la perfección del contrato⁵⁰.

Madrid, 1971, p.29 y 30]. Véase en el mismo sentido, entre otros, a: MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.: “La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación”, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2000, p.42.

⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Derecho civil II. Derecho de obligaciones”, vol.I, Bosh, Barcelona, 1997, p.384 y ss.

⁴⁷ MENÉNDEZ MATO, J.C.: “La oferta contractual”, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 46. En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ PICAZO, L.: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato”, Civitas, Madrid, 1993, p.281.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1990, RJ 1990/652, fundamento jurídico tercero.

⁴⁹ DÍEZ PICAZO, L.: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato.”, o.c., p.283. MENÉNDEZ MATO, J.C.: “La oferta contractual”, o.c., p.46-59. MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.: “La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación”, o.c., p.38-51. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet”, Bosh, Barcelona, 2001, p.36-37.

⁵⁰ Artículo 1262 del Código Civil. Atender a la modificación realizada por la disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, publicada en el BOE número

Es este el punto de conflicto entre la publicidad y la oferta pues la determinación de un mensaje transmitido como oferta o como publicidad dará lugar a una relación jurídica totalmente distinta. La finalidad de la publicidad comercial no es, en sí, la perfección de un contrato; sino que es fomentar directa o indirectamente la perfección de ese contrato. Esta finalidad esencial de la publicidad comercial la sitúa de lleno en el ámbito propio de la fase precontractual del futuro contrato⁵¹, como señala Díez Picazo, citando a la doctrina tradicional, se trata de una invitatio ad offerendum⁵². Mientras que la aceptación de la oferta supone el inicio de una relación contractual, el mensaje publicitario se sitúa siempre en una fase precontractual.

Sin embargo, no podemos negar que la publicidad cumple una función fundamental en la formación del consentimiento contractual por el carácter informativo de la misma, a través del cual se conocen determinadas características del producto o servicio que se ofrece. El consumidor adquiere ciertos conocimientos, datos en los que se aúnan ciertas condiciones de objetividad necesarias para ser calificados de informativos, junto con la opinión de quien desea comercializar sus productos⁵³. El carácter informativo de la publicidad ha supuesto que en ocasiones sea difícil diferenciar claramente cuando nos encontramos ante publicidad comercial y cuando ante una verdadera oferta de contrato. Esta situación se agrava en la contratación electrónica y ello porque el medio utilizado para la publicidad es el mismo medio que en el que se producirá la contratación⁵⁴.

Menéndez Mato ha señalado, a este respecto, que el mensaje publicitario tendrá la calificación de oferta cuando contenga la intención de contratar y

166, de 12 de julio de 2002. Véase también a FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUERAL, M.A.: "Comentario al artículo 1262 del C.C. tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico", Actualidad civil, La Ley, nº10, 2003, p.259-271.

⁵¹ MENÉNDEZ MATO, J.C.: "La oferta contractual", o.c., p.92 a 97

⁵² DÍEZ PICAZO, L.: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...", o.c. , p.303.

⁵³ MARTÍN GARCÍA, M.L.: "La publicidad y su incidencia en la contratación", o.c., p.34-35.

⁵⁴ MORENO NAVARRETE, M.A.: "Derecho-e. Derecho del Comercio Electrónico", Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p.93.

recoja los elementos esenciales del futuro contrato⁵⁵. De este modo, a pesar de que en un primer momento se identifique el mensaje como publicitario, será oferta y tendrá las consecuencias jurídicas de ésta si contiene los elementos citados. Pero como hemos señalado, aún cuando no contenga estos elementos, la publicidad tiene una repercusión relevante en la formación del consentimiento y por ello afecta en todo momento a la interpretación e integración del contrato si éste llega a realizarse en atención a una publicidad previamente realizada⁵⁶.

Las diferencias entre la publicidad y la oferta son relevantes por las consecuencias jurídicas teóricas de cada una de ellas, pero en la práctica tanto la información que se dé en una, como la que se dé en otra se considerarán jurídicamente relevantes en atención a la defensa de los consumidores. Atendiendo a esto señalaremos las diferencias existentes:

- c) La publicidad no es una declaración unilateral de voluntad con intención de obligarse como la oferta, sino que es un acto de comunicación persuasivo.
- d) La finalidad de la publicidad no es concluir un contrato una vez se reciba la aceptación sino comunicar a un público indeterminado⁵⁷ un mensaje con la intención de que un potencial consumidor busque la oferta.

Hemos señalado que aún existiendo estas diferencias, la influencia de la publicidad en el consumidor y el carácter informativo de la misma afecta al consentimiento contractual. Por ello es muy importante la veracidad de la

⁵⁵ MENÉNDEZ MATO, J.C.: "La oferta contractual", o.c., p.93.

⁵⁶ Aspecto en el que nos detendremos en el apartado tercero.

⁵⁷ El carácter de la indeterminación del sujeto que recibe el mensaje publicitario entra en conflicto con el carácter recepticio de la oferta. Aspecto de gran interés que ha sido estudiado en profundidad por la doctrina llegando a la conclusión de que la oferta es una declaración de voluntad recepticia que puede estar dirigida a un público indeterminado (algo habitual en la contratación a distancia) pero que se concreta en el momento de la aceptación.[MENÉNDEZ MATO, J.C.: "La oferta contractual", o.c., p.58, MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.: "La formación del contrato...", o.c., p.36, DÍEZ PICAZO, L.: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", o.c., p.288].

información publicitaria, aunque esta información no puede confundirse con el deber de información del vendedor.

La publicidad, retomando lo dicho anteriormente, implica la manifestación del ejercicio de un derecho por parte del vendedor. Por lo que el publicista goza de plena libertad en el ejercicio de su derecho, siempre que no viole otros derechos reconocidos y a los que la Ley general de publicidad en su artículo tercero hace implícito reconocimiento. En este precepto se señala ilícita la publicidad engañosa, desleal, subliminal y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Con esto se está protegiendo de un modo especial a los consumidores, que formarán su consentimiento de acuerdo - entre otras cosas - con la publicidad; y al libre mercado, de modo que la libertad de expresión no atente en ningún caso contra la libre y leal competencia⁵⁸.

Esta limitación en la libertad de expresión no puede confundirse con el deber de información que tiene el vendedor y al que se refiere el artículo 13 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. El deber de información está presente como un medio eficaz para restablecer la igualdad entre los contratantes, proporcionando al consumidor un conocimiento suficiente sobre las características esenciales del contrato, que contribuyan a formar un consentimiento ausente de vicios⁵⁹. De este modo, el deber de información del vendedor se configura a su vez como un derecho a la información de los consumidores⁶⁰, que se encuentra reconocido por el artículo 51 de la Constitución Española, y relacionado sin duda vía indirecta con el principio de veracidad publicitaria pero con un matiz diferente. No se hace referencia a que la publicidad tenga que contener toda la información a la que se refiere el artículo 13 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, sino a que la veracidad de la publicidad se determinará en atención a la posible confusión entre los datos dados en la misma y la realidad,

⁵⁸ MORENO NAVARRETE, M.A.: "Derecho-e: derecho del comercio electrónico", o.c.,p.82 y ss.

⁵⁹ MARTÍN GARCÍA, M.L.: "La publicidad su incidencia en la contratación", o.c., p.38

⁶⁰ Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, BOE número 176, de 24 de julio, artículos 2.d) y 13. MORENO LUQUE CASARIEGO, C.: "El derecho a la información y la Ley 33/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad", La Ley, n° 2886, 1991.

teniéndose en cuenta la información obligada que conste en los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios.

2.4. Internet: nuevo medio publicitario

Internet como medio de comunicación global ha supuesto un gran cambio en la comunicación en general y en especial en la comunicación publicitaria. Las diferencias con los medios clásicos no van más allá de las posibilidades técnicas que permite Internet, por lo que no cabe considerar a la publicidad en Internet como un fenómeno jurídico que necesite una regulación especial. Los problemas jurídicos que plantean la publicidad en Internet son las posibilidades de que se realice una publicidad ilícita: engañosa, desleal, contraria a la Constitución y a la normativa específica que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Por ello las normas jurídicas relativas a la publicidad son aplicables igualmente cuando el medio de difusión es Internet⁶¹.

La doctrina ha dado una delimitación de qué es publicidad en Internet concluyendo que “es publicidad en Internet todo aquel espacio dentro de la red que canaliza a un cliente potencial hacia un lugar bien electrónico o bien convencional para progresar en su información y/o ejecutar una compra”⁶². Atendiendo a esto hay que precisar que en cualquier caso la doctrina se está refiriendo a la publicidad comercial sin encontrar ninguna novedad relevante, la diferencia entre publicidad comercial en Internet y publicidad comercial convencional no va más allá del medio utilizado. La publicidad en Internet no tiene una finalidad diferente, ni es un mensaje comunicacional distinto al de la publicidad clásica, en todo momento hablamos de un mensaje informativo complejo con una finalidad específica en el caso de la publicidad comercial: atraer a posibles consumidores hacia la oferta. Sin embargo, las características especiales de Internet y las nuevas técnicas publicitarias que se pueden llevar a cabo a través de la red, hacen necesario un estudio jurídico sobre los problemas que se pueden plantear y la respuesta jurídica a cada

⁶¹ ESCOBAR DE LA SERNA, L.: “Derecho de la información”, o.c., p.711.

⁶² ESCOBAR DE LA SERNA, L.: “Derecho de la información”, o.c., p.712.

caso. Entre las principales diferencias de Internet con otros medios de difusión publicitaria destacan;

- Internet no solo es un medio para realizar publicidad sino también para iniciar relaciones contractuales e incluso perfeccionarlas.

La principal peculiaridad de Internet radica en la integración del mensaje comercial con los contenidos⁶³, pues en ningún medio como en Internet es tan difícil separar la publicidad del resto de las áreas de marketing, ya que en Internet, simultáneamente, se anuncia, se ejecuta la transacción comercial, se informa técnicamente, se aconseja al consumidor, se ofrece regalos y se prosigue el servicio posventa⁶⁴.

Por ello al determinar qué es publicidad en Internet se ha de especificar que es tanto aquella que atrae a posibles compradores hacia un bien electrónico como hacia un bien convencional. Con el término de bien electrónico nos referimos a aquéllos que se adquieren a través de la red, descargándose al ordenador personal (programa, vídeo, textos...) y con la expresión de bien convencional nos referimos a aquéllos que requieren la entrega material fuera de la red.

- La relación entre emisor y receptor se ve alterada en algunas técnicas publicitarias como consecuencia de la interactividad que se utiliza en Internet. El receptor adquiere un papel fundamental: puede decidir que anuncio ver y cual no sin necesidad de cambiar la actividad que estuviera realizando (no es lo mismo que cambiar de canal de televisión o dejar de verla mientras se emiten espacios publicitarios), el receptor puede continuar navegando por la red sin alterar nada salvo la desaparición de la publicidad con un simple "click".

⁶³ VICTORIA MAS, J.S.: "Nueva publicidad, comercio electrónico y demás propuestas interactivas", U.M.A., Málaga, 2001, p. 58 y ss.

⁶⁴ LEÓN SAEZ DE YBARRA, J.L.: "Galaxia Internet: tendencias de la publicidad", en Zer, Revista de estudios de comunicación, nº3, 1997, p.46 a 65.

- Es tanto un medio de publicidad de marca como un medio interpersonal. Por eso la publicidad en Internet puede ser dirigida a un público amplio o estar diseñada de forma que ofrezca una respuesta personalizada.

La novedad de publicidad en Internet se encuentra, principalmente, en el medio o soporte de la actividad publicitaria al que se tienen que adaptar las técnicas publicitarias. La publicidad en Internet se lleva a cabo mediante técnicas específicas conformes a las características del medio. Entre estas nuevas técnicas o modos de hacer publicidad destacan:

- Banners: Ventanas de Internet que se integran como parte de una página web y que se utiliza como soporte del mensaje publicitario. Los banners pueden ser estáticos (similar al cartel publicitario que se incorpora en los medios de comunicación escrito) o dinámicos (similares a los anuncios publicitarios que se emiten en los medios de comunicación audiovisuales, pero con una relevancia mínima o inexistente del sonido como parte del mensaje). La interactividad del banners se da en la posibilidad que tiene el receptor de dirigirse directamente a la oferta o al inicio de las negociaciones pulsando con el ratón del ordenador sobre el banner.
- Pop up: Ventanas de Internet vinculadas de forma independiente a una página web. Su uso suele ser el de soporte de un mensaje publicitario o como web de marca en la que se ofertan determinados bienes o servicios.
- Keyword banners: Es un tipo especial de banner con un carácter personalizado. La página web que sirve de soporte al banner incluye un programa de búsqueda, de tal modo que dependerá de la búsqueda realizada la aparición de un banner u otro. Como se puede comprobar mediante el Keyword banner se dirige el mensaje publicitario a un público mucho más específico⁶⁵.

⁶⁵ GARCÍA VIDAL, A.: "Derecho de marcas e Internet", Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p.289.

- Correo electrónico comercial: Mensaje publicitario que se transmite por vía electrónica al correo privado de un potencial consumidor. Pudiéndose distinguir el correo electrónico solicitado y el “spam” o correo electrónico no solicitado.
- Web de marca o empresa: La simple aparición de una determinada empresa o marca en Internet es considerada como un método publicitario. La empresa se presenta de un modo actual y adecuada a una nueva forma de marketing, utilizando a su vez el espacio web para lanzar mensajes publicitarios que vinculan directamente con la oferta.
- Juegos publicitarios: Son juegos interactivos utilizados como medio de distribución de mensajes publicitarios. Los juegos interactivos intentan aprovechar las cualidades del juego tradicional incorporando los mensajes publicitarios de los anunciantes al uso y disfrute que el público obtiene de ellos.
- Videos publicitarios: Tienen una perspectiva muy similar a la de los juegos interactivos. Son mensajes publicitarios audiovisuales que se asemejan a los anuncios televisivos con una importante diferencias: los videos publicitarios en la red tienen una posibilidad de difusión internacional en muy poco tiempo y a un bajo coste debido a que en la mayoría de las ocasiones son los propios usuarios de la red los que difunden el mensaje.

Sin duda los modos de hacer publicidad en Internet no se limitan a los señalados en las líneas anteriores y alcanza a todo lo que el ser humano y la técnica sean capaces de hacer. Hemos hecho referencia expresa a unos formas publicitarias determinadas por considerarlas jurídicamente relevantes al ser las más utilizadas.

3. La protección jurídica de los consumidores y usuarios ante la publicidad

3.1. Aspectos generales

Podemos observar atendiendo a la evolución sufrida por la publicidad como modo de comunicación la importancia social y económica que tiene, y en lo que a nosotros nos interesa las repercusiones que puede tener en el consumidor, sujeto activo destinatario del mensaje⁶⁶.

El concepto de consumidor como sujeto protegido por la legislación es bastante complicado. Determinar quién es consumidor y ante qué se le ha de proteger concretamente ha sido precisado por las diferentes leyes que integran el Derecho del Consumo. La Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios⁶⁷ realiza una delimitación de lo que debe entenderse por consumidor a efectos de la Ley. De acuerdo con ella, es consumidor la persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden. Lo relevante en el concepto dado es la exclusión de quienes adquieren bienes o servicios en calidad de empresarios para la realización de actividades empresariales de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros⁶⁸.

Atendiendo a esta definición, la determinación del consumidor como tal es la realización de actos de consumo, que resultan incompatibles conceptualmente con el acto profesional realizado con el propósito de que la cosa o servicio se incorporen al circuito económico. Por lo cual el rasgo principal característico del consumidor es que se constituya como destinatario final de los bienes y servicios⁶⁹.

⁶⁶ RODRÍGUEZ PARDO, J. : "Derecho de la comunicación", o.c., p. 182

⁶⁷ Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, c.

⁶⁸ En este sentido se manifiesta también la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía, BOE número 14, de 16 de enero de 2004.

⁶⁹ MARTÍN GARCÍA, M.L.: "La publicidad: su incidencia en la contratación", o.c.,p.45-50

Pero desde qué momento de la transacción comercial se ha de proteger al consumidor. En principio, como hemos expuesto en la aproximación conceptual a la publicidad, la publicidad no forma parte de la relación contractual entre empresario y consumidor sino que se sitúa en una fase previa de iniciación o acercamiento a la oferta. No podemos afirmar que todo destinatario del mensaje publicitario sea consumidor ni que todo consumidor se haya visto influenciando previamente por la publicidad. Sin embargo, la protección del receptor de la información publicitaria en su papel de consumidor es uno de los principios básicos de toda legislación publicitaria, puesto que el acto comunicativo va encaminado a la consecución de una reacción específica del público: la compra y adquisición de bienes y servicios. Como señala Rodríguez Pardo: el papel del público del mensaje publicitario no puede considerarse estrictamente desde el punto de vista de un receptor de información, puesto que los mensajes informativos y publicitarios presentan finalidades dispares⁷⁰. Por ello se habla con mayor generalidad de los consumidores y usuarios, puesto que esas son las actitudes perseguidas por los mensajes y esos son los auténticos roles del receptor de la información publicitaria. En un sentido amplio podemos afirmar que “se es consumidor en el momento en que la información mueve a actuar de una determinada manera”⁷¹ comercial⁷².

La Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios entiende en el mismo sentido la inclusión de la publicidad dentro del ámbito de protección del consumidor y expresamente señala en el artículo 8 que el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores y usuarios cuando las condiciones ofrecidas en la misma no figuren expresamente en el contrato celebrado y sean más favorables, haciendo especial apreciación a la necesidad del cumplimiento del derecho a la información veraz y exacta dentro del proceso publicitario.

⁷⁰ En este sentido recordar lo dicho en el capítulo “Aproximación conceptual de la publicidad” acerca del mensaje publicitario como mensaje compuesto.

⁷¹ RODRÍGUEZ PARDO, J.: “Derecho de la comunicación”, o.c. p.185-198

⁷² No toda persona que se ve afectada por la información es consumidor, la persona influenciada por la información será receptor de un mensaje probablemente publicitario y consumidor en sentido amplio cuando el mensaje publicitario tenga una finalidad comercial.

La Ley general de publicidad reconoce implícitamente al consumidor como destinatario del mensaje publicitario. Pero, el consumidor no es el único destinatario del mensaje publicitario por ello el artículo 2 de la Ley, a diferencia de la Directiva de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, no habla en principio de consumidores sino de destinatarios en general. Sin embargo, no hay duda alguna sobre la protección que la Ley general de publicidad pretende dar a los consumidores como destinatarios del mensaje publicitario. Muestra de ello es el reconocimiento que en la propia Ley se hace a:

- las asociaciones de consumidores y usuarios para defender a sus representados de los mensajes publicitarios que contraríen la Ley,
- y a los propios consumidores cuando resulten afectados de una forma concreta⁷³.

De este modo en la protección del consumidor frente a la publicidad podemos diferenciar dos planos principalmente:

1. La protección directa o previa al daño, dirigida por las asociaciones de consumidores y usuarios frente a todo tipo de publicidad ilícita.
2. La protección indirecta o posterior al daño, dirigida por el consumidor que sufre el daño.

En cualquier caso la protección de los destinatarios de la publicidad se estructura según señala Rodríguez Pardo⁷⁴, de acuerdo con los artículos 3 y 25 de la Ley general de publicidad, como protección de la dignidad humana en el contenido del mensaje, protección frente a la información fraudulenta⁷⁵,

⁷³ Artículo 25 de la Ley general de publicidad, modificado por el artículo 10 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, BOE número 259, de 29 de octubre de 2002.

⁷⁴ RODRÍGUEZ PARDO, J.: "Derecho de la comunicación", o.c.,p.193-194.

⁷⁵ Protección que se materializa mediante la integración de la publicidad en el contrato de acuerdo con:

- el artículo 8 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios,
- y con carácter especial, con el artículo 3 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (publicado en el BOE

protección frente a la persuasión no consciente o subliminal y derecho del receptor a solicitar la rectificación de informaciones publicitarias. Además la protección del receptor de la publicidad se vincula con la protección que se recoge en la Ley orgánica para el tratamiento automatizado de datos⁷⁶ por cuanto restringe el comercio ilegal de datos personales que constan en ficheros automatizados y que se emplean en ciertas técnicas de marketing como el envío de correo no solicitado o “spam” -si nos referimos al comercio electrónico-⁷⁷.

3.2. La publicidad ilícita

3.2.1. Introducción

La acción de los poderes públicos en materia de publicidad comercial deberá dirigirse especialmente a la defensa de los consumidores y usuarios en base a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, principio jurídico informador del ordenamiento jurídico⁷⁸. En el Texto Constitucional se recoge que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Estas garantías constitucionales se ven afectadas por la publicidad como consecuencia de la vinculación que tiene la misma tanto con los intereses económicos de los

número 117, de 17 de mayo de 1989), y el artículo 3 de la 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (publicado en el BOE número 161, de 7 de julio de 1995).

⁷⁶ Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, BOE de 31 de octubre de 1992.

⁷⁷ En este punto nos detendremos posteriormente tratando específicamente la regulación legal de este tipo de técnicas de marketing.

⁷⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1989, RTC 1989\15, fundamento jurídico segundo: “Al establecer que la defensa de los consumidores y usuarios se configura como principio general informador del ordenamiento jurídico, no está en efecto, sino reiterando, en otros términos, que esa defensa, constitucionalmente garantizada (art. 51.1 C. E.), «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 C. E).”

consumidores como con otro tipo de bienes inmateriales: la salud⁷⁹ y la intimidad⁸⁰.

El modo utilizado por los poderes públicos para realizar la defensa de los consumidores y usuarios en materia de publicidad ha consistido en la creación de un marco normativo de protección de los consumidores⁸¹, en el que destacan la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y la Ley general de publicidad, junto a la normativa específica que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios y la publicidad en determinados medios de difusión. En estas normas se realiza una aplicación efectiva de los principios jurídicos de la publicidad mediante la tipificación de los supuestos de ilicitud publicitaria y sus consecuencias jurídicas.

Retomando la idea en la que profundizamos al tratar el concepto y la naturaleza jurídica de la publicidad recordaremos que el mensaje publicitario es una suma de informaciones de hecho, de ideas y de persuasión, es como dijimos en su momento un mensaje compuesto y protegido por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, el derecho como tal se ve limitado en la realización concreta del mensaje publicitario y dicha limitación viene dada por la ilicitud del mismo⁸².

⁷⁹ Véase la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, BOE número 102, de 29 de abril de 1986 (modificada por el artículo 76 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, en lo referido a las competencias autonómicas).

⁸⁰ Véanse la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE número 115, de 14 de mayo de 1982 y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE número 298, de 14 de diciembre de 1999.

⁸¹ BANDO CASADO, H.C.: "La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios", o.c.

⁸² Según afirma Cousido González, la ilicitud del mensaje publicitario se puede determinar de la propia naturaleza del mensaje como suma de informaciones de hechos, de ideas y de persuasión: la ilicitud del mensaje deriva de los defectos en cualquiera de estos elementos; de la mentira sobre los rasgos del producto o del servicio, de la ilegalidad de la expresión de las ideas asociadas al producto o servicio de la técnica empleada para persuadir al consumidor o al usuario de la conveniencia

El antecedente jurídico en la regulación de la publicidad ilícita es el Estatuto General de la publicidad de 1964. En él se recogía expresamente los principios jurídicos de la publicidad: veracidad, legalidad, autenticidad y libre competencia; principios que han sido trasladados a la Ley general de la publicidad mediante la tipificación de los supuestos de publicidad ilícita, con lo que se protegen los legítimos intereses de los consumidores⁸³.

Centrándonos brevemente en los principios jurídicos de la publicidad para posteriormente analizar los supuestos de ilicitud publicitaria recogidos en la legislación española haremos las siguientes precisiones:

- a) El principio de veracidad, en virtud del cual todas las afirmaciones contenidas en la publicidad tienen que ser siempre veraces, tiene una función fundamental en Derecho del consumo dada la repercusión que tiene la publicidad en la información precontractual⁸⁴.

La determinación del cumplimiento de este principio no resulta fácil en la práctica por la propia composición del mensaje publicitario en el que la persuasión tiene una función fundamental, de tal modo que la información publicitaria aún siendo veraz en su contenido puede tener algún planteamiento que induzca a error. Por este motivo, se debe de realizar constantemente una interpretación del mensaje publicitario antes de proceder al análisis y enjuiciamiento del mismo. La interpretación del mensaje publicitario se realiza de acuerdo con el significado que posee el mensaje para el consumidor medio (aquel que por regla general está normalmente informado y es

de contratar o adquirir un producto o servicio [COUSIDO GONZÁLEZ, M.P.: "Derecho de la comunicación en Internet", Colex, 2001, Madrid, p.168].

⁸³ DESANTES GUANTER, J.M., BELL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO GONZÁLEZ, M.P. y GARCÍA SANZ, R.M.: "Derecho de la información II,...", o.c., p.116. SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", o.c., p.110.

⁸⁴ DESANTES GUANTER, J.M.: "Derecho de la información II...", o.c., p.116 a 121. PÉREZ GARCÍA, P.A.: "La información en la contratación privada", Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, p.197.

razonablemente atento y perspicaz⁸⁵) y luego se ha de indagar si dicha interpretación se corresponde o no con la realidad⁸⁶.

- b) El principio de legalidad hace referencia a la necesidad de que el mensaje publicitario no sea contrario a ninguna norma del ordenamiento jurídico.

Con anterioridad a la Constitución, el Estatuto de publicidad recogía este principio de un modo específico para el mensaje publicitario. Sin embargo, promulgada la Constitución el principio de legalidad se aplica de un modo general como principio jurídico vinculante a los ciudadanos y a los poderes públicos, con lo que se hace innecesaria la mención expresa de este principio en una ley concreta. A pesar de lo dicho, el legislador de la Ley general de publicidad nos quiso recordar este principio declarando ilícita la publicidad que vulnere los derechos reconocidos en la Constitución y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

- c) El principio de autenticidad alude a la exigencia de que la publicidad se presenta como tal, es decir, sea claramente reconocible y se diferencie del resto de la información. De acuerdo con este principio la Ley general de publicidad prohíbe la publicidad que es engañosa en su presentación. También en base a este principio, la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva⁸⁷ (en la que se recogen las reglas formales sobre la presentación, tiempo de

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1998.

⁸⁶ TATO PLAZA, A.: "En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria", en Revista de autocontrol de la publicidad, número 71, Madrid, 2003, p.41.

⁸⁷ BOE número 136, de 8 de junio de 1999.

emisión e interrupciones publicitarias), especifica que la publicidad debe ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente de los programas gracias a medios ópticos, acústicos o ambos⁸⁸. En el mismo sentido se manifiesta el legislador en la Ley 34/2002, de 11 de noviembre de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico⁸⁹, al disponer en el artículo 20.1 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y en el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico o equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”.

- d) El principio de libre competencia implica la relación de la publicidad con las leyes del mercado, particularmente con las leyes de libre competencia y prohibición de la publicidad desleal. Este principio que se vincula directamente con la protección de los consumidores por la relación existente entre la publicidad desleal y engañosa (que posteriormente trataremos), ha tenido reconocimiento legal en materia publicitaria en la Ley general de publicidad⁹⁰, en la Ley de competencia desleal⁹¹ y en la Ley de defensa de la competencia⁹².

3.2.2. Publicidad contraria a la Constitución.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley general de publicidad es ilícita toda publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer. Pero, esta afirmación que se

⁸⁸ Artículo 11 de la Ley 25/1994

⁸⁹ BOE número 166, de 12 de julio de 2002.

⁹⁰ Modificada en materia de publicidad desleal por el artículo noveno de la Ley 39/2002, c.

⁹¹ Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, BOE número 10, de 11 de enero de 1991, (modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 16/1989, BOE número 311, de 29 de diciembre de 1999)

⁹² Ley 16/1989, de 17 de julio, BOE número 170, de 18 de julio de 1989, (reformada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre y modificada por la Ley 9/2001, de 4 de junio, BOE número 134, de 5 de junio de 2001).

recoge en el artículo 3 de la Ley general de publicidad no puede considerarse sistemática imprescindible⁹³, pues resulta perfectamente claro que cualquier actividad publicitaria que resulte contraria a los valores y derechos constitucionales ha de ser considerada ilícita por su carácter anticonstitucional.

La dignidad humana se diversifica jurídicamente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; derechos que quedan garantizados constitucionalmente en el artículo 18.1. y que actúan como límite a la libertad de expresión. La protección de la dignidad de las personas en relación con los mensajes comunicativos es siempre un punto de conflicto en el que el derecho a la información (en este caso publicitaria) tiene que ceder, en principio⁹⁴, en pro de la dignidad humana, tal y como se reconoce en el artículo 20.4 de la Constitución.

La Ley general de publicidad hace una referencia genérica a la dignidad humana y posteriormente enfatiza en la ilicitud de la publicidad que vulnere los derechos constitucionales, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

La infancia y la juventud son conceptos jurídicos indeterminados con los que entendemos que se está haciendo referencia al menor de edad, en tanto que es el menor de edad el sujeto materialmente protegido por la legislación publicitaria que desarrolla al Texto Constitucional y a la Ley general de publicidad. En este sentido la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁹⁵, en el desarrollo del marco jurídico de protección reconocido constitucionalmente, dedica especial atención a los

⁹³ SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", o.c., p.108.

⁹⁴ La determinación exacta se realizará de acuerdo con el caso concreto.[LORCA NAVARRETE, J.F.: "Derechos fundamentales y jurisprudencia", Pirámide, Madrid, 1995, p.55 a 65.]. Vista la jurisprudencia reciente resulta destacable la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo de 2001, interpuesta por Emilio Aragón, en recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998, por la cual se rechaza la vulneración del derecho a la imagen en un anuncio publicitario de la entidad Proborín S.L. y en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez acerca de la explotación comercial de la "identidad" de una persona.

⁹⁵ BOE número 15 de 17 de enero.

derechos del menor en el campo de la información y de la comunicación⁹⁶ resaltando: el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen que actúan como límite a la libertad de expresión y añade además, con referencia específica a la publicidad, que ésta podrá ser regulada por normas especiales para garantizar que los mensajes dirigidos a los menores no les perjudiquen moral o físicamente. A su vez, centrada en el ámbito publicitario la Ley 22/1999, de 7 de junio, concreta lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución y señala que la publicidad no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores debiendo respetar los siguientes principios:

- No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate⁹⁷.
- En ningún caso se deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, en profesores, o en otras personas tales como profesionales de programas infantiles o, eventualmente, personajes de ficción.
- No podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas.
- En el caso de publicidad o tele-venta de juguetes, éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daños para sí o para terceros.

⁹⁶SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: "Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión", o.c. p.571-581

⁹⁷ Los menores no puedan ser considerados consumidores en sentido estricto al no realizar actos de consumo. Sin embargo, tienen una influencia importante en el desarrollo del consumo y la vinculación entre los menores y la publicidad comercial es común. Los anunciantes consideran a los menores potenciales consumidores en los que crear determinados hábitos de consumo y, además con una importante influencia sobre el consumo familiar [PERALES ALBERT, A. Y PÉREZ CHICA, A.: "Los menores ante la publicidad", publicado en [http:// www.auc.es/docum/menores.pdf](http://www.auc.es/docum/menores.pdf)].

En relación con la mención expresa de la mujer, creemos que la inclusión en el texto se debe a motivos políticos y sociales, en aras a resaltar la prohibición de mensajes publicitarios de alto contenido discriminatorio hacia la mujer y que la presenten en situación de inferioridad o reglada a determinados puestos de trabajo o funciones⁹⁸. La inclusión de la protección de la mujer se debe sin duda al uso común de la publicidad sexista en perjuicio de su dignidad, la cual entendemos debe estar prohibida al igual que cualquier publicidad discriminatoria (independientemente de que la discriminación se haga por razones de raza, sexo, ideología, religión...). Sin embargo, la mujer no necesita de una regulación adicional y especial, en nuestra opinión con la prohibición general de “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona y vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución” se entiende incluida la prohibición de la publicidad sexista independientemente de que sea hombre o mujer quien se vea perjudicado⁹⁹. No tiene sentido situar en el mismo plano a la mujer y al menor; pues la existencia de una especialidad normativa en la publicidad en la que el menor actúa como destinatario o protagonista, queda justificada por la falta de capacidad crítica y la credulidad del menor.

En esta materia opinamos que la regulación legal en pro de proteger a un grupo social discriminado está provocando en ocasiones el efecto inverso creando una situación de desigualdad positiva. Un ejemplo que clarifica la opinión expuesta lo podemos encontrar en la resolución del Jurado de la

⁹⁸ MÉNDEZ, R.M. y VILALTA, A.E.: “La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros”, Bosh, Barcelona, 1999,p.11.

⁹⁹ En el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de 3 de marzo de 1992, del juzgado de 1º instancia nº1 de Alicante, por la cual se resuelve la demanda interpuesta por la Federación de Mujeres Progresista contra Feber S. por los anuncios emitidos en diciembre de 1989, se dice textualmente: “No parece que exista, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, norma legal suficientemente reguladora y que resulta aplicable a la discriminación que se alega y que efectivamente se entiende producida: a excepción del propio texto constitucional, art. 14, 10.1 y 39.4, puesto que la Ley general de publicidad de 26 de octubre de 1978, al definir lo que se entiende por publicidad ilícita, en su art.3º, apartado a), se limita a remitirse a los valores y derechos reconocidos en la Constitución”.

Publicidad por reclamación de un particular frente a la publicidad de la lavadora “IQ” de Siemens, emitida en televisión y de la que es responsable la empresa BSH Electrodomésticos España¹⁰⁰. En este caso el Jurado de la publicidad presidido por Fernández Novoa¹⁰¹ decidió que el anuncio que presumiblemente atenta contra el principio de igualdad de sexos, por considerarlo el reclamante vejatorio hacia el hombre, es perfectamente lícito al entender que “un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz reconocerá en el anuncio una situación humorística, a modo de broma, fácilmente deducible del tono general del anuncio. En estas circunstancias, la escena de la “detención” del hombre por su torpeza al poner la lavadora, no serán interpretados por un consumidor medio como una escena vejatoria hacia el hombre. El hecho, socialmente demostrable, de que en la mayoría de las ocasiones es la mujer la que suele realizar la función doméstica de poner en funcionamiento la lavadora, otorga al anuncio precisamente un carácter igualitario, dado que lo que realmente hace es promocionar indirectamente que los hombre realicen esta tarea, pero que lo hagan adecuadamente”. Ciertamente al leer los fundamentos del Jurado podemos en principio compartir su opinión, pero si en el anuncio fuese una mujer la que pone la lavadora y el marido llamase por teléfono diciendo que no funciona (la mujer) ¿consideraríamos el anuncio vejatorio para la mujer o por el contrario entenderíamos que estamos ante un anuncio en clave humorística acorde con la situación social?, ¿y si estuviésemos ante un anuncio de un destornillador eléctrico aceptaríamos la broma de que la mujer no sabe usarlo?.

¹⁰⁰ El anuncio televisivo en cuestión comienza con la imagen de un hombre sacando la ropa de la lavadora en la cocina. Parece que la ropa no sale en muy buen estado y dirige una mirada a su mujer diciendo: “yo, yo lo he hecho bien”. A continuación su mujer dando muestras de enfado, llama por teléfono y dice: “sí, quiero cambiar”, y continúa: “no, no funciona bien, he dicho cambiar. Gracias”. La mujer se gira hacia su marido con cara de satisfacción y dice: “ya está”. Inmediatamente entran en la cocina dos hombres vestidos de negro y se llevan al hombre, que pone cara de asombro, mientras se oye una voz en off que dice: “ahora poner la lavadora no tiene perdón. Lavadora serie IQ, la primera que te explica paso a paso como poner tu ropa”.

¹⁰¹ Resolución publicada en la Revista Autocontrol Publicitario, número 70, 2002, p.12

3.2.3. Publicidad engañosa.

Publicidad engañosa es todo aquel mensaje publicitario que puede inducir a error a sus destinatarios. La Ley general de publicidad la define expresamente como: “la publicidad que de cualquier, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca error de los destinatarios”.

Atendiendo a esta definición la publicidad será engañosa:

- cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje
- cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario
- cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario.

Como hemos precisado no es necesario para que la publicidad sea engañosa que el error efectivamente se produzca sino que basta con la mera inducción al error. La inducción al error se da desde el mismo momento en el que se pueda afectar, - debido a la presentación del mensaje, a la información transmitida o a los datos omitidos en el mensaje -, al comportamiento económico del destinatario o se pueda perjudicar a un competidor. No es necesario por tanto, para que la publicidad se considere engañosa que el daño efectivamente se produzca sino que pueda llegar a producirse¹⁰².

La doctrina¹⁰³ entiende que para que pueda desencadenarse el engaño como consecuencia de la información que se transmite es preciso que:

¹⁰² MÉNDEZ, R.M. y VILALTA, A.E.: “La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros”, p.12. TATO PLAZA, A.: “Aspectos generales del régimen jurídico de las promociones publicitarias”, en Revista de autocontrol de la publicidad, número 60, Madrid, 2002, p.27-34.

¹⁰³ Véase, entre otros a: MASSAGUER, J. y PALAU, F.: “El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados

En primer lugar, el mensaje publicitario pueda valorarse en términos de veracidad. Tal y como señalan Massaguer y Palau, no puede enjuiciarse como acto de engaño la comunicación al público de juicios de valor puros, y por esta misma razón, tampoco puede ser enjuiciada como engaño la publicidad directamente encaminada a provocar sentimientos irracionales, ni la publicidad meramente sugestiva, carente de mensaje informativo¹⁰⁴. Pero, debemos precisar que la publicidad plenamente irracional que según la doctrina no será considerada engañosa por el mensaje, si puede llegar a ser considerada engañosa por el modo de presentación o incluso, en determinados supuestos, por suponer un ejemplo de publicidad subliminal.

En segundo lugar, exista inexactitud entre los datos contenidos en la publicidad y la realidad. En este punto resulta destacable la jurisprudencia existente en materia de vivienda y construcción, donde parece ser usual que la información contenida en los folletos publicitarios no se corresponda con la realidad, generando en la mayoría de las ocasiones la necesidad de integrar de acuerdo con el artículo 8 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios la publicidad en el contrato obligándose al vendedor a cumplir con lo ofertado¹⁰⁵. Con intención de evitar la obligación de tener que cumplirse con lo anunciado, es común que las empresas inserten cláusulas en los folletos publicitarios en el sentido de: “oferta válida hasta fin de existencias” o “oferta válida salvo error tipográfico”. Respecto a esto los tribunales se han pronunciado a favor del consumidor entendiendo que dichas cláusulas suponen una limitación de la oferta poco clara y confusa para el

en la comunicación del Comisión del Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea”, en www.consumo-inc.es/informes/interior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf. TATO PLAZA, A.: “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, o.c.

¹⁰⁴ MASSAGUER, J. y PALAU, F.: “El régimen jurídico de las prácticas comerciales...”

¹⁰⁵ Véase a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999, R.J. 272/1999. En la que se resuelve un contrato de compraventa por incumplimiento en el contenido de la publicidad y dice textualmente en el fundamento jurídico segundo: “por expresa sanción de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 20/1984 general para la defensa de los consumidores, habrá de respetarse a toda costa los derechos expectantes que constan en el contenido de la oferta publicitaria.”

consumidor, que queda totalmente sometido a la interpretación unilateral del vendedor o del fabricante. Al no establecerse de forma objetiva el correspondiente límite, el contenido de la promoción es conocida únicamente por el fabricante, vulnerándose la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor, y por ello la incorporación de dicha mención en un mensaje publicitario debe considerarse como engañoso, además de un supuesto de condición general que deviene nula de pleno derecho¹⁰⁶.

A esto se añaden algunos indicios que determinan en el caso concreto el carácter engañoso de la información dada en el mensaje:

- a) La utilización de expresiones ambiguas, desconocidas, o con una pluralidad de significados puede desencadenar el engaño. Cuando una expresión posee varios significados y la comúnmente entendida por los destinatarios del mensaje no se corresponde con la realidad, existe el riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponde con la realidad.
- b) La utilización de expresiones que siendo veraces conducen a extraer conclusiones que no se corresponden con la realidad¹⁰⁷.
- c) La utilización en el mensaje de la promesa excesiva. En ella el anunciante realiza una suma de varias promesas publicitarias que serían razonables aisladamente pero que son inalcanzables en su

¹⁰⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE número 89, de 14 de abril de 1998.

¹⁰⁷ Un ejemplo de este supuesto se puede leer en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 4 de marzo de 1999. En ella se trataba el carácter engañoso de un anuncio difundido por la empresa Nissan en el que se ofrecía un Nissan Primera al precio de "1.896.000 ptas. con aire acondicionado gratis o descuento equivalente". Según la entidad anunciante, el precio indicado en la publicidad ya llevaba incluido el descuento, por lo que el aire acondicionado debía ser pagado aparte. Aunque esto era cierto de la lectura del anuncio no se llegaba a dicha conclusión por lo que el Tribunal entendió que la publicidad era engañosa, pues no daba a entender de forma clara e inequívoca que el descuento que se promocionaba ya se había incluido en el precio publicitado.

conjunto. Este tipo de publicidad tiende en ocasiones a confundirse con la exageración publicitaria, que difícilmente se podrá considerar engañosa, pues en ella se realiza una difusión de alegaciones tendentes a ensalzar la actividad, el servicio o el bien que se publicita, de forma tal que los destinatarios del mensaje lo reconocen como carente de una base objetiva.

Además de por la información que se transmite, el error se puede desencadenar por la omisión de datos fundamentales en la información. La utilización en la Ley del término “datos fundamentales”, concepto genérico e indeterminado, implica la necesidad de una interpretación por caso que nos permita determinar cuales son los datos fundamentales. Retomando lo que ya dijimos en relación con el principio de veracidad, la interpretación del mensaje publicitario se realizará conforme a la interpretación que le dé un consumidor medio que se encuentre dentro del círculo de sujetos destinatarios del mensaje. Sin embargo, si atendemos a la interpretación de un consumidor medio puede ser que lo que para él sea un dato fundamental no lo sea para el anunciante, quien tendría que saber en cada momento que es lo que piensa el consumidor. Por esta causa la Ley realiza una enumeración abierta sobre los elementos fundamentales a tener en cuenta para determinar el engaño.

El artículo 5 de la Ley general de publicidad señala que para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrá en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: el origen de procedencia geográfica o comercial, la naturaleza, la composición, el destino, la finalidad, la idoneidad, la disponibilidad, la novedad, la calidad, la cantidad, la categoría, las especificaciones, la denominación, el modo y la fecha de fabricación, el suministro o la presentación, los resultados que puedan esperarse de su utilización, los resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios, la nocividad o la peligrosidad, el precio completo o presupuestos o modo de fijación del mismo, las condiciones jurídicas y económicas de adquisición, la utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, el motivo de la oferta y la naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante.

Sin embargo, este precepto tiene un carácter meramente indicativo, que se manifiesta mediante la utilización del término “tales como”, por lo que el error determinante de engaño puede recaer sobre cualquier otro extremo que en el supuesto concreto pueda influir en la decisión del consumidor¹⁰⁸.

En relación con el engaño por omisión, debemos mantener - de acuerdo con nuestra opinión respecto a la diferencia entre el deber de información y la publicidad -, que la inclusión del error por omisión como conducta relevante en materia de engaño no impone un deber de información en relación con las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados. Como señalan Massaguer y Palau el anunciante no está obligado a adoptar una posición neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria; si lo está, en cambio, a evitar o en su caso completar las manifestaciones, indicaciones o alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo de inducción a error, como resultado de informaciones anteriormente emitidas o de conocimientos o experiencias propias de los destinatarios¹⁰⁹. El carácter persuasivo del mensaje publicitario imposibilita la emisión de información objetiva e impone, en su defecto, el cumplimiento del principio de veracidad que se ve satisfecho cuando no existe discordancias entre el mensaje publicitario y la oferta propiamente dicha en la que se han de cumplir los requisitos mínimos de información objetiva. Como precisa el Tribunal Supremo “no existe publicidad engañosa cuando el modo de anunciar más bien se encamina a inducir a la lectura de la total oferta en la que se dan los detalles de la veracidad complementarios”¹¹⁰.

Junto a estos modos de desencadenar el engaño como consecuencia de la información que se transmite o que se omite, se encuentra la publicidad engañosa por el modo de presentación, que la doctrina denomina publicidad encubierta. Este tipo de publicidad se define como aquel mensaje que se presenta ante los ojos de los consumidores sin que pueda ser apreciado o identificado como publicitario. La modalidad tradicional de publicidad

¹⁰⁸ MASSAGUER, J. y PALAU, F.: “El régimen jurídico de las prácticas comerciales...”, p.24. SANTAELLA LÓPEZ, M.: “ El nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.113.

¹⁰⁹ MASSAGUER, J. y PALAU, F.: “El régimen jurídico de las prácticas comerciales...”

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1995, RJ 41/1995

encubierta es aquella que se presenta bajo la forma de mensaje informativo¹¹¹. Sin embargo con el tiempo han surgidos otras formas de encubrir el mensaje publicitario ya sea bajo la aparición de un mensaje artístico o creativo. La medida legal que se ha utilizado para evitar la publicidad encubierta es establecer en las diferentes leyes en las que se regula la publicidad según el medio de difusión que la publicidad este claramente identificada¹¹². En este sentido, y en lo que afecta a nuestro trabajo, la Ley 39/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico precisa en el artículo 20 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en el nombre de la cual se realizan, añadiendo que el caso en que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”.

3.2.4. Publicidad desleal.

Publicidad desleal es, en sentido general, aquélla que resulta contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas y buenos usos mercantiles¹¹³.

En principio y conforme al concepto dado, podríamos entender que la prohibición de la publicidad desleal no mantiene ninguna vinculación con la protección de los consumidores. Sin embargo, esta afirmación es incorrecta, “un medio fundamental para proteger a los consumidores es precisamente el funcionamiento correcto de la competencia del mercado”¹¹⁴. La competencia desleal perjudica directamente a los consumidores de una manera concreta al

¹¹¹ En este sentido ha de resaltarse la opinión de Corredoira y Alfonso quien considera que la publicidad en modo de mensaje informativo tiene una naturaleza independiente a la de la publicidad encubierta, ya que esta tiene su propio nombre “publicidad redaccional” [DESANTES GUANTER, J., BEL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO GONZALES, M.P., GARCÍA SANZ, R.M.: “Derecho de la información II...”, o.c., p.119.

¹¹² Véase el artículo 11 de la Ley general de publicidad.

¹¹³ Artículo 6, párrafo 2, de la Ley general de publicidad, tras la modificación realizada por la Ley 39/2002, c.

¹¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, A.: “Apuntes de Derecho Mercantil”, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 318.

generar confusión entre los productos y servicios de diversos empresarios, afectando a la libre decisión del consumidor que puede verse afectada por engaño, y de una manera genérica por distorsionar e impedir el correcto funcionamiento del sistema¹¹⁵. En este sentido el artículo 10 del Estatuto de Publicidad de 1963 reconocía que “la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en mercado¹¹⁶. Igualmente la Ley general de publicidad proyecta su regulación al ámbito de la competencia desleal declarando ilícita la publicidad desleal¹¹⁷.

En el ordenamiento jurídico español la regulación de la publicidad desleal esta materializada en dos textos normativos: la Ley general de publicidad y la Ley de competencia desleal¹¹⁸. El contenido de ambas leyes respecto a qué debe entenderse por publicidad desleal mantenía ciertas diferencias que fueron salvadas por la doctrina mediante la aplicación del principio “ley posterior deroga a ley anterior”, por el cual la regulación de la Ley general de publicidad se interpretaba y completaba con la Ley de competencia desleal. Sin embargo, la aprobación de la Ley 39/2002, por la que se modifica a la Ley general de publicidad, permite dudar de la condición de ley posterior a la Ley de competencia desleal y en consecuencia de su primacía sobre la Ley general de publicidad.

Bajo el concepto de publicidad desleal podemos diferenciar tres tipos¹¹⁹, los cuales analizaremos brevemente de acuerdo con los textos normativos, en tanto la referencia a los mismos se hace necesaria para atender a los posibles daños que puede sufrir el consumidor tanto en la publicidad clásica como en la publicidad realizada en Internet, en la que nos detendremos posteriormente:

¹¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, A.: “Apuntes de Derecho Mercantil”, o.c., p. 318-320.

¹¹⁶ SANTAELLA LÓPEZ, M.: “Nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.113

¹¹⁷ Artículo 3.c) de la Ley general de publicidad.

¹¹⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, BOE número 10, de 11 de enero de 1991.

¹¹⁹ DESANTES GUANTER, J.M.: “Derecho de la información II. ...”, o.c., p.120-121.

1. Publicidad denigrante: Según la redacción original del artículo 6 de la Ley general de publicidad, aquella publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades se considera desleal. Sin embargo, tras la promulgación en 1991 de la Ley de competencia desleal la interpretación acerca de que es publicidad denigrante se vio modificada en el sentido de entender que no hay denigración cuando la publicidad se apoye en alegaciones que sean exactas, verdaderas y pertinentes¹²⁰. Pero, como indicamos anteriormente, la promulgación de la Ley 39/2002 nos hace dudar de esta interpretación. Según el texto actual del artículo 6 de la Ley general de publicidad no existe ninguna excepción a la publicidad desleal¹²¹.

En nuestra opinión la exclusión de la excepción en la Ley general de publicidad carece de relevancia jurídica en materia de consumidores. La publicidad desleal afecta a los consumidores de un modo concreto desde el momento en que se puede producir un engaño y afectar a su decisión final, por lo cual entendemos que en cualquier caso este tipo de publicidad, en lo que afecta a los consumidores queda prohibida en tanto sea engañosa. En relación con este punto resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002¹²². En este caso un empresario había difundido un cartel para anunciar el cierre de un establecimiento competidor por problemas sanitarios, a pesar de que el cierre se había producido la información no era exacta, se había omitido la reapertura del establecimiento, de forma que la ambigüedad del anuncio inducía fácilmente al consumidor a creer en la permanencia del cierre el día de la difusión del anuncio, de tal forma que el Tribunal entendió que el anuncio era inveraz. Como se puede observar el Tribunal no se

¹²⁰ Véase el artículo 9 de la Ley de competencia desleal.

¹²¹ En relación a la nueva interpretación del artículo 6 de la Ley general de publicidad léase el comentario de TATO PLAZA, A.: "Entorno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria", o.c., p.50

¹²² Sentencia de 4 de junio de 2002, RJ 2002/9067

plantea objetivamente si el anuncio había provocado el menosprecio indirecto hacia el establecimiento (el cual sin duda se da aunque la información sea cierta: “el establecimiento fue cerrado”), sino si desde el punto de vista del consumidor se había producido un engaño.

2. Publicidad comparativa: Se define como “aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos”¹²³, y en ella se plantea el mismo problema que anteriormente. En la regulación que se hacía en la Ley general de publicidad se decía que es ilícita la publicidad comparativa “cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”, a lo que la Ley de competencia desleal añadía la “exceptio veritatis”. En este supuesto, a diferencia de lo que ocurre en la publicidad denigrante, el artículo 6 bis de la Ley 39/2002 mantiene la excepción y señala expresamente en el punto 2 del citado artículo que la comparación estará permitida si se realiza entre bienes o servicios con la misma finalidad o que satisface las mismas necesidades, siempre que se realice de un modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativa de los bienes o servicios entre las cuales podrá incluirse el precio. La conclusión a la que llegamos en este punto se asemeja a lo que ya hemos dicho, pues entendemos que en materia de consumidores la publicidad comparativa estaría prohibida en cualquier caso (lo dijera expresamente la Ley o no) cuando produzca engaño en el receptor del mensaje, dado que la interpretación de la publicidad se realiza de acuerdo con la interpretación del consumidor medio¹²⁴.

¹²³ TATO PLAZA, A.: “Entorno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, o.c., p.53.

¹²⁴ Recuérdese lo que dijimos a este respecto al tratar el principio de veracidad.

3. Publicidad confusionista o de explotación de la reputación ajena: En relación con la publicidad confusionista, la Ley 39/2002 ha tomado textualmente el precepto que se recogía en la Ley general de publicidad y ha añadido el matiz que lo diferenciaba de la Ley de competencia desleal, resultando ilícita la publicidad “que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o (aquí se añade el matiz) de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores”. Destaca en este aspecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2001¹²⁵, la cual apoya nuestra opinión acerca de la ilicitud de la publicidad en función de la interpretación del receptor del mensaje. En la sentencia referida se señala que sólo se produce un indebido aprovechamiento de la reputación ajena cuando el público al que se dirige la publicidad transfiera la reputación de los productos del referido fabricante a los productos del competidor. Tal y como señala Jiménez de Parga “la confusión se produce a través de todas aquellas actividades que son aptas o idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia de la prestación que se ofrece en el mercado”¹²⁶.

3.2.5. Publicidad subliminal.

Según la Ley general de publicidad es publicidad subliminal aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida. Tal y como señala Santaella López, la característica esencial de la publicidad subliminal es la “no

¹²⁵ Asunto C-112/99, www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm.

¹²⁶ JIMÉNEZ DE PARGA, R.: “Otras modalidades de publicidad desleal: la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias”, en la Revista Autocontrol Publicitario, número 63, 2002, p. 16-26.

percepción consciente del mensaje publicitario”, por lo que compartimos la opinión de este autor al decir que “la prohibición de la publicidad subliminal supone llevar a sus últimas consecuencias el principio de autenticidad o de identificación publicitaria”¹²⁷. Creemos que con la consideración genérica de publicidad engañosa por el modo de presentación, hubiese bastado para entender que la publicidad subliminal es ilícita. Sin embargo y dada las características técnicas especiales que se necesitan para la realización de este tipo de publicidad, el legislador entendió que era necesaria una prohibición expresa y específica.

3.2.6. Publicidad contraria a la normativa específica que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Con la declaración de ilicitud de la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, la Ley general de publicidad establece un régimen especial en el que la ilicitud de la publicidad viene determinada por la infracción de una norma reguladora de un tipo específico.

Los regímenes especiales de publicidad son los citados en el artículo 8 de la Ley, expresamente:

- la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico - sanitarias,
- la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o su patrimonio,
- la publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar.

El régimen especial de este tipo de bienes será regulado por sus normas especiales o sometido al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá establecerse también, cuando la protección de los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

A estos supuestos se añade la prohibición en cualquier lugar o medio de la publicidad de tabacos y bebidas con graduación superior a 20 grados

¹²⁷ SANTAELLA LÓPEZ, M.: “El nuevo derecho de la publicidad”, o.c., p.116-117.

centesimales¹²⁸ y la prohibición, en los lugares en los que esté prohibida su venta, de tabacos y bebidas alcohólicas independientemente de su graduación.

3.3. Protección jurídica ante la publicidad en Internet.

3.3.1. El comercio electrónico y la publicidad en Internet.

Al tratar el comercio electrónico nos estamos refiriendo al comercio que se lleva a cabo a través de Internet, tanto si todo el proceso se lleva a cabo completamente por este medio o si solo una parte se realiza a través de él.

La norma que actualmente regula en España el comercio electrónico es la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹²⁹. Sin embargo, la Ley únicamente define cuáles son los servicios de la sociedad de la información¹³⁰ y olvida el concepto de comercio electrónico que se recogía en el anteproyecto de Ley de 30 de abril de 2001¹³¹. En el anteproyecto se daba una definición de comercio electrónico como “toda

¹²⁸ Desde la aprobación de la Directiva 98/43/98 de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, se entendía que la publicidad de estos productos por medio de Internet esta prohibida [RIBAS ALEJANDRO, J.: “Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet”, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.50].

¹²⁹ Ley 34/2002, de 11 de julio, c.

¹³⁰ En el anexo de la Ley se define el servicio de la sociedad de la información como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”. [VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “Comercio electrónico, firma electrónica y servidores. Comentario y Anexo legislativo de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Dijusa, Madrid, 2002, p.56-66.]. Véase también a: DÍAZ FRAILE, J.M.: “Aspectos jurídicos más relevantes de la Directiva y del proyecto de Ley español de comercio electrónico”. En ORDUÑA MORENO, F.J.: “Contratación y comercio electrónico”, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p.80-85.

¹³¹ PLAZA PENADÉS, J.: “Contratación electrónica y pago electrónico en el derecho nacional e internacional”. En ORDUÑA MORENO, F.J.: “Contratación y comercio electrónico”, o.c., p.414-417.

forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos por las redes de telecomunicaciones como Internet". Según este concepto podemos determinar que el comercio electrónico no es un tipo limitado a Internet sino que se entiende como tal todo aquel comercio realizado a través de las redes de telecomunicaciones y entre estas redes: Internet¹³². Nosotros nos referiremos concretamente a esta modalidad del comercio electrónico limitándola, además, al comercio que se realiza entre empresarios y consumidores.

Como es sabido, a través de Internet es posible no sólo la transmisión de datos escritos, sino también de imágenes y de sonidos, e incluso ofrecer bienes y servicios con la posibilidad de quien acceda a la red contrate la adquisición de alguno de los bienes o servicios que se ofrecen (formulando su pedido por los medios informáticos previstos en la propia red y que se suministrará por los medios ordinarios del tráfico económico o por medios informáticos a través de la red¹³³).

Partiendo de esto la publicidad en Internet forma parte de un proceso fundamental. En primer lugar hemos señalado el comercio electrónico como una forma de transacción o intercambio de información comercial. Internet se presenta como un gran escaparate en el que las empresas pueden mostrar sus productos e informar sobre sus características, e incluso perfeccionar los contratos. Desde esta concepción no cabe duda de la vinculación que el régimen jurídico de la publicidad debe tener.

La publicidad como figura jurídica integrada en los tratos preliminares puede tener relevancia en la formación de la voluntad contractual, pudiendo llegar a quedar invalidada por la acción o actos de una de las partes, que sin el empleo de la diligencia debida interfiera en la voluntad de la otra. En la contratación electrónica¹³⁴ dichos actos contrarios a la buena fe contractual

¹³² Red de comunicaciones mundial (World Wide Web: "telaraña mundial")

¹³³ BERCOVITZ, A. y RODRÍGUEZ CANO: "Apuntes de Derecho Mercantil", Aranzadi, Navarra, 2000, p.147-148.

¹³⁴ La contratación electrónica es una actividad englobada en el comercio electrónico y referida a una modalidad de contrato cuya peculiaridad es su perfección de modo electrónico [PLAZA PENADÉS, J.: "Los principales aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico". En ORDUÑA MORENO, F.J.: "Contratación y comercio electrónico", o.c., p.50-58].

pueden acentuarse más como consecuencia de la falta de presencia física de las partes y la existencia de nuevas formas publicitarias¹³⁵. Por otra parte las continuas actualizaciones de los espacios web y la facilidad con la que se difunden sus informaciones dificultan el funcionamiento efectivo de los mecanismos tradicionales de control¹³⁶.

Retomando el concepto que dimos de publicidad recordaremos que la publicidad comercial es un modo de comunicación que dotada de un carácter específico persuasivo se utiliza como mensaje informativo especial con la intención de provocar en el consumidor un acercamiento a la marca, producto o empresa. Desde esta concepción debemos entender la publicidad comercial en Internet. Tal y como dijimos utilizando la definición dada por Escobar de la Serna, es publicidad comercial en Internet todo aquel espacio dentro de la red que canaliza a un cliente potencial hacia un lugar bien electrónico o bien convencional para progresar en su información y/o ejecutar una compra¹³⁷. En un sentido muy similar al expuesto la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico define la comunicación comercial como toda forma de comunicación dirigida a la promoción directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Y excluye, expresamente del concepto de comunicación comercial, a efectos de la ley, los datos que permiten acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica¹³⁹.

Concretado lo que se entiende por comercio electrónico y su vinculación con la publicidad, debemos tener en cuenta un aspecto muy importante de la publicidad en Internet y que afecta directamente a su régimen jurídico: el

¹³⁵ MORENO NAVARRETE, M.A.: "Derecho-e: Derecho del comercio electrónico", Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2002, p.82-84.

¹³⁶ DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Derecho privado de Internet", civitas, Madrid, 2001, p.155.

¹³⁷ ESCOBAR DE LA SERNA, L.: "Derecho de la información", o.c., p.712.

¹³⁹ Véase el anexo f) de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

carácter internacional. Sin duda la nota fundamental que determina la especialidad de Internet es que es una red internacional en la que las relaciones no se acotan a fronteras, por lo que en la determinación del régimen jurídico aplicable al caso concreto tendremos que atender a criterios de derecho internacional. Nosotros al tratar la protección jurídica de la publicidad en Internet nos limitamos, dado el carácter de la investigación realizada, al análisis de la normativa española que se aplicará en términos “generales” a todo contrato realizado con consumidores que tengan su residencia habitual en España¹⁴⁰.

3.3.2. Supuestos específicos de publicidad en Internet:

La novedad de la publicidad en Internet se encuentra, principalmente, en el medio o soporte de la actividad publicitaria al que se tienen que adaptar las técnicas publicitarias. Entre los diferentes modos en los que se puede llevar a cabo la publicidad en Internet los más usuales son: las web de marcas o empresas, los pop up, banners, keyword banners, el correo electrónico, los juegos y videos publicitarios. Esto no significa que no existan o puedan llegar a existir en un breve periodo de tiempo otros modos de hacer publicidad, por ello la regulación que debe realizarse en este sentido tiene que mantener en la medida de lo posible un carácter general que permita su aplicación a cualquier forma publicitaria.

3.3.2.1. *Web de marcas o empresas.*

La principal singularidad de las web de marcas como medio publicitario es el hecho de que está directamente vinculadas a la oferta.

La simple aparición de una determinada empresa o marca en Internet es considerada como un método publicitario. La empresa se presenta de un modo actual y adecuada a una nueva forma de marketing, utilizando a su vez el espacio web para lanzar mensajes publicitarios que vinculan directamente con

¹⁴⁰ Artículo 5 del Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980, BOE número 171, de 19 de julio de 1993. En relación con esto véase: CALVO CARAVACA, A.: "Derecho Internacional Privado, volumen II", Comares, Granada, 2000, p.325-330 y a DOMINGUEZ LUELMO, A.:"

la oferta. Esto se debe a que la publicidad en Internet tiende a configurarse de manera que motive una reacción inmediata en el potencial consumidor para que pulse sobre el icono de acceso que actúa de enlace hacia la oferta.

De este modo el consumidor puede formalizar la transacción comercial a través del anuncio sin abandonar el espacio web en el que lo halló y además el mensaje publicitario es completado inmediatamente con la información obligatoria exigida en los contratos con consumidores siendo de este modo más difícil provocar engaño.

El único problema que pueden generar las páginas web como medio de publicidad está vinculado al contenido. Problema que se soluciona jurídicamente con la aplicación de los preceptos clásicos referidos a la publicidad ilícita y a los que se añaden los códigos de conducta de Internet como norma no jurisdiccional de resolución de conflictos a los que nos referiremos más adelante.

3.3.2.2. Pop up, banners y Keyword banners.

Una de las técnicas más comunes en Internet y que, además, plantean en ocasiones problemas de ilicitud son los pop up, banner y keyword banners.

Los pop up son ventanas de Internet vinculadas de forma independiente a una página web y utilizados como soporte de un mensaje publicitario o como web de marca en la que se ofertan determinados bienes o servicios. El principal problema que plantean es (independientemente del carácter ilícito o no del mensaje publicitario en cuanto pueda resultar engañoso, desleal, etc.) su intrusismo, que en ocasiones puede dificultar el acceso a lo que se busca o se desea ver. Este problema que realmente puede resultar molesto al consumidor o usuario que realice comercio por Internet suele solucionarse mediante programas de ordenador específicos que reconocen este tipo de publicidad e impiden que se descarguen y bloqueen el acceso. A su vez, la Asociación de Autocontrol de la Publicidad atendiendo precisamente a la

Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico”, en Revista crítica de derecho inmobiliario, número 660, 2000, p.2350-2353.

presencia habitual de este tipo de publicidad en Internet, establece un sistema de protección que va más allá de una mera declaración de principios¹⁴¹.

Los banners son, como ya dijimos, ventanas de Internet que se integran como parte de una página web y que se utilizan como soporte del mensaje publicitario. Los banners pueden ser estáticos (similar al cartel publicitario que se incorpora en los medios de comunicación escrito) o dinámicos (similares a los anuncios publicitarios que se emiten en los medios de comunicación audiovisuales, pero con una relevancia mínima o inexistente del sonido como parte del mensaje). Es una técnica muy utilizada como medio de enlace a páginas web con el propósito de que el potencial consumidor responda a la oferta.

Tanto la publicidad realizada mediante banners como la realizada a través de pop up pueden plantear problemas jurídicos en relación con los contenidos que en la misma se dan. Pero la especialidad de Internet radica en la posibilidad de insertar referencias ocultas en las páginas web de las que dependen la publicidad y que resultan decisivas para atraer usuarios que buscan una determinada marca o servicio a través de un buscador. El uso de esta técnica es lo que se conoce como metatags o metaname y este es el sistema que se utiliza en los llamados Keyword banner.

El Keyword banner es un tipo especial de banner o pop up con un carácter personalizado. La página web que sirve de soporte al anuncio incluye un programa de búsqueda, de tal modo que dependerá de la búsqueda realizada la aparición de un Keyword banner u otro. En este supuesto nos encontramos con un tipo de publicidad personalizada que no tiene por que resultar ilícita en todo caso, pero que en la gran mayoría de los supuestos es ilícita por generar confusión en los usuarios a través de la utilización fraudulenta de metatags¹⁴².

El fin de los metatags es resumir el contenido de una página web para que los buscadores asocien dicho contenido con el tema buscado por el consumidor. Sin embargo, esta técnica se puede utilizar de forma fraudulenta introduciendo una palabra-clave (metatags) que sin tener relación con el

¹⁴¹ Véase el apartado referido a la defensa de los consumidores, el autocontrol como medida de defensa en Internet.

¹⁴² DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Derecho privado de Internet", o.c., p 144-145

contenido de la página sea la más utilizada sobre un tema concreto o introduciendo nombres de productos o empresas competidoras para atraer a otros usuarios¹⁴³.

El uso fraudulento de los metatags es considerado por algunos autores¹⁴⁴ como una práctica engañosa. Sin embargo, Moreno Navarrete entiende que la consideración como engañosa dependerá de la configuración de la oferta. Si la oferta es lícita e inequívoca el redireccionamiento no induce a error. En cambio si la oferta publicitaria fuese ilícita el redireccionamiento conformaría dolo contractual por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información¹⁴⁵.

3.3.2.3. Correo electrónico.

Constituye una modalidad de comercialización directa de los productos, por medio del envío de mensajes publicitarios que se transmiten por vía electrónica al correo de un potencial consumidor. Dentro de esta forma de publicidad se distingue el correo electrónico solicitado y el “spam” o correo electrónico no solicitado¹⁴⁷.

El principal problema jurídico en este aspecto se produce en relación con el correo electrónico no solicitado. Este tipo de correo, además de poder llegar a producir problemas en la utilización de Internet por generar saturación en las comunicaciones impidiendo en ocasiones la transmisión de la información deseada, entra en conflicto con el derecho a la intimidad.

Existen programas de ordenador que permiten capturar direcciones de correo electrónico en páginas web, grupos de noticias, chat y otros foros públicos. La finalidad de estas capturas es crear bases de datos que permiten el envío masivo de mensajes publicitario. Estas bases de datos permiten segmentar a los destinatarios en función de las preferencias que han demostrado en foros temáticos dedicados a intereses o aficiones de los

¹⁴³ MORENO NAVARRETE, M.A.: “Derecho-e...”, o.c., p.97-98

¹⁴⁴ Véase MIGUEL RODRIGUEZ, J.: “Problemática jurídica de la publicidad en Internet”, la Ley, Madrid, 2001, p.257 y a TATO PLAZA: “Aspectos jurídicos de la publicidad en Internet”, Revista de la Asociación de Autocontrol Publicitario, número 42, 2000, p.16

¹⁴⁵ MORENO NAVARRETE, M.A.: “Derecho-e...”, o.c., p.98

¹⁴⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Derecho privado de Internet”, o.c., p.157.

usuarios que forman parte de los mismos. Y aunque algunos pueden considerar que el hecho de indicar una dirección de correo electrónico en un foro público es una autorización tácita, la gran mayoría de los usuarios entienden que el uso de su dirección sin su consentimiento expreso es una invasión de su intimidad¹⁴⁸, opinión que comparte el legislador de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico¹⁴⁹.

3.3.2.4. *Juegos y videos.*

Los juegos interactivos utilizados como medio de distribución de mensajes publicitarios, intentan aprovechar las cualidades del juego tradicional incorporando los mensajes publicitarios de los anunciantes al uso y disfrute que el público obtiene de ellos. Generalmente este tipo de juego se reconocen por ser la propia marca o empresa quien los ofrece. Sin embargo, en ocasiones resulta difícil determinar si la empresa o marca anunciada es la que ha difundido el juego, del mismo modo que ocurre con los videos publicitarios.

Los videos publicitarios son mensajes publicitarios audiovisuales que se asemejan a los anuncios televisivos con una importante diferencias: los videos publicitarios en la red tienen una posibilidad de difusión internacional en muy poco tiempo y a un bajo coste debido a que en la mayoría de las ocasiones son los propios usuarios de la red los que difunden el mensaje.

Por este motivo principalmente es difícil determinar al emisor del mensaje aunque resulte claro que empresa o marca es la que se está beneficiando o perjudicando, según el caso. Saber quien es el emisor resulta necesario desde el momento en el que la empresa o marca niegue ser autora o, en su caso, contratante del anuncio, pues aunque se esté beneficiando de la publicidad no podemos hacerla responsable de ella. En este sentido la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico excluye expresamente del concepto de comunicación comercial las comunicaciones realizadas por tercero sin contraprestación económica.

¹⁴⁸ RIBAS ALEJANDRO, J.: "Comercio electrónico en Internet. Guía del consumidor", Centro europeo del consumidor, San Sebastián, 2001, p.43.

¹⁴⁹ Véase lo expuesto en el apartado referido a la defensa de los consumidores y usuarios, concretamente la prohibición de comunicaciones electrónicas.

3.3.3. Defensa de los consumidores.

3.3.3.1. *El deber de identificación del mensaje publicitario.*

El deber de identificación del mensaje publicitario ha sido siempre una medida preventiva a tener en cuenta, dado que la publicidad encubierta supone un riesgo para el consumidor que puede resultar engañado.

La Ley general de publicidad de 1988 señala en el artículo 4 el carácter engañoso de la publicidad que induce a error en su presentación y el artículo 11 obliga a los medios de difusión a deslindar perceptiblemente las afirmaciones que hagan dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Siguiendo estas directrices y lo dispuesto en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio¹⁵⁰ en la que se precisa la necesidad de identificación de las comunicaciones comerciales, la Ley 39/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, señala en el artículo 20 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan, añadiendo que en el caso en que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”. Con esta medida la protección del usuario se realiza en un doble sentido, por una parte se evita la publicidad encubierta y por otro al identificar al anunciante se dan al consumidor las pruebas que en su caso puedan ser necesarias para que se integre la publicidad en el contrato. De este modo también se protege al empresario que puede verse afectado por una publicidad de la que realmente no es el anunciante.

Hay autores como Vázquez Iruzubieta¹⁵¹ que considera que el cumplimiento de la Ley se llevará a cabo solo si se puede reconocer el mensaje publicitario previamente a la lectura del correo electrónico, dado que entiende que lo que busca la Ley al exigir la identificación del mensaje es evitar la entrada de correo electrónico no deseado. Sin embargo, aún cuando

¹⁵⁰ Publicada en el DOCE L 178/1 de 17 de julio de 2000.

¹⁵¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “Comercio electrónico, firma electrónica y servidores...”, o.c., p.114.

comparto en parte la opinión de Vázquez Iruzubieta no creo que la Ley al regular la necesidad de identificación del mensaje publicitario, se este refiriendo exclusivamente a la publicidad realizada por correo electrónico. La Ley dice expresamente en el artículo 20: “las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan” y añade como supuesto específico para la publicidad enviada por correo electrónico: “En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra publicidad”. Como podemos comprobar la Ley, primero se refiere a cualquier tipo de comunicación comercial realizada vía electrónica, no sólo el correo electrónico y en segundo lugar la Ley no exige en el caso del correo electrónico la inclusión de la palabra “publicidad” en el membrete del mensaje (modo en el que se podría reconocer el mensaje publicitario previamente a la lectura del correo electrónico), sino al comienzo del mismo. Ello se debe a que las medidas que toma la Ley para evitar el correo electrónico no solicitado no se regulan en el artículo 20, como parece entender Vázquez Iruzubieta, sino en el artículo 21, en el que se prohíbe el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, y en los artículos 38 y siguientes de la Ley, en los que se recogen las medidas sancionadoras al incumplimiento de la Ley.

En nuestra opinión el artículo 20 referido a la identificación del mensaje publicitario, no hace más que recordar los principios clásicos del derecho publicitario, especialmente el principio de autenticidad y veracidad¹⁵².

3.3.3.2. La prohibición de correo electrónico no solicitado.

Como hemos señalado anteriormente uno de las técnicas más usuales en Internet es el envío masivo de publicidad a través de correo electrónico. La

¹⁵² Véase MARTÍNEZ MATESANZ, C.: “Comunicaciones y publicidad comercial en el Proyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico de 8 de febrero de 2002”, en Revista Autocontrol Publicitario, número 65, 2002, p.28

Ley de servicios de la sociedad de la información y correo electrónico prohibía, en la redacción original del artículo 21, este tipo de publicidad cuando no hubiese sido solicitada o expresamente autorizada por los destinatarios de la misma. Sin embargo, la 32/2003, general de telecomunicaciones¹⁵³ modificó en la disposición adicional primera los artículos 21 y 22 respectivamente de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Con la nueva redacción dada por la Ley general de telecomunicaciones se mantiene el sistema general de solicitud expresa para recibir comunicaciones comerciales por vía electrónica, si bien se incorpora una importante excepción al permitirse el envío de este tipo de comunicaciones sin necesidad de haber sido previamente solicitada o expresamente autorizadas, cuando se trate de destinatarios con los que el remitente o prestador mantenga una relación contractual previa y siempre que dichas comunicaciones se limiten al ofrecimiento de productos o servicios prestados u ofrecidos por el propio remitente, similares a los que fueron objeto de contratación. En todo caso, el remitente deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de la recogida de datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Con esta redacción, la regulación que se hace en España del “spam” es más próxima a los mínimos que se establecían en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio. La Directiva no prohibía directamente el correo electrónico no solicitado sino que precisaba la necesidad de que los Estados miembros tomaran las medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales por correo electrónico, consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones.

En este punto debemos retomar los artículos 30 y 31 de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal en la que se considera que no hay invasión de la intimidad cuando los datos personales se adquieren de fuentes de acceso público y el interesado no se haya opuesto a ello. Esta Ley establece un sistema de protección muy similar al que se recoge en la Directiva, evitando la necesidad de consentimiento expreso. Sin embargo

¹⁵³ Publicada en el BOE número 254 de 4 de noviembre de 2003.

debemos precisar que con la nueva Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico la protección va más allá, como hemos señalado, siendo el régimen general en el envío de comunicaciones comerciales, la necesidad de consentimiento expreso. Esto supone que si un empresario quiere realizar publicidad utilizando el correo clásico no necesitará el consentimiento expreso del potencial consumidor, sino que basta con el hecho de que no se haya negado a la utilización de sus datos para recibir publicidad. Mientras, en cambio, si la publicidad se realiza a través del correo electrónico el empresario necesita el consentimiento expreso del consumidor salvo que mantenga una relación contractual previa con el mismo.

A su vez, la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, toma las medidas oportunas para el supuesto de incumplimiento de la Ley y tipifica como infracción grave dos supuestos de envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio equivalente¹⁵⁴:

- el envío, en el plazo de un año de más de tres comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a un mismo destinatario, cuando éste no haya solicitado o autorizado su remisión o se haya opuesto a ella
- y el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente, a destinatarios (en sentido genérico) que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella,

o en su caso como infracción leve cuando el envío de estas comunicaciones no suponga un supuesto de infracción grave¹⁵⁵.

Junto a las infracciones se establece un sistema de sanción administrativa consistente en una multa de 30.001 hasta 150.000 euros por la comisión de infracciones graves y de 30.000 euros por la comisión de

¹⁵⁴ Artículo 38.3.b) de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, modificado por la disposición final primera, punto tres de la Ley general de telecomunicaciones.

¹⁵⁵ Artículo 38.4.d) de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, modificado por la disposición final primera, punto cuarto de la Ley general de telecomunicaciones.

infracciones leves¹⁵⁶. La imposición de estas sanciones corresponderá en el supuesto específico del envío de comunicaciones comerciales a la Agencia de Protección de Datos¹⁵⁷

3.3.3.3. *El deber de información previo.*

La publicidad comercial forma parte de la fase precontractual del futuro contrato¹⁵⁸. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la negociación anterior al concurso de voluntades no constituye por sí ningún acto jurídico, pero pueda tener relevancia jurídica tanto en la formación de la voluntad contractual como en la interpretación del futuro contrato¹⁵⁹. Por ello la información objetiva cumple una función relevante en aras a evitar que la publicidad provoque engaño en el consumidor. Sin embargo, como podemos entender no es la publicidad la que tiene que cumplir con el deber de información previa. Ninguna norma puede exigir a la publicidad una información exhaustiva sobre el producto o servicio que se ofrece y ello por la propia naturaleza de la publicidad. A la información contenida en un anuncio publicitario se le puede exigir que sea veraz en cuanto al tema concreto que se refiere pero nada más, en la información se profundizará posteriormente. Sin embargo, en aras de esta veracidad publicitaria y de la protección de los consumidores y usuarios, el anunciante estará obligado a manifestar todas las circunstancias que conforme al juicio del consumidor medio pueda afectar decisivamente en la voluntad de contratar del consumidor¹⁶⁰. Afirmación que queda reforzada por el hecho de que el consumidor puede exigir las

¹⁵⁶ Artículo 39 y 40 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

¹⁵⁷ Artículo 43.1 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, modificado por la disposición final primera, punto cinco de la Ley general de telecomunicaciones.

¹⁵⁸ DÍEZ PICAZO, L.: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...", o.c. , p.303.

¹⁵⁹ DÍEZ PICAZO, L.: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial...", o.c., p.271.

¹⁶⁰ PÉREZ GARCÍA, P.A.: "La información en la contratación privada: entorno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, p.201-202

prestaciones propias de cada producto o servicio aunque no hayan sido mencionados en el contrato¹⁶¹.

Atendiendo a la legislación vigente el deber de información se concreta de un modo genérico en el artículo 13 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En él se manifiesta la obligación por parte de los proveedores de bienes y servicios de informar de modo veraz, eficaz y suficientemente sobre sus características esenciales¹⁶². Pero, ¿cuáles son las características esenciales?. Aquí nos planteamos el mismo problema que tuvimos al tratar la publicidad engañosa. Si recordamos esto, observaremos como el artículo 5 de la Ley general de publicidad, complementando al artículo 4 de la misma, señala cuáles son los datos fundamentales que se han de tener en cuenta para determinar la veracidad de la publicidad, es decir los mínimos sobre los que no puede recaer el engaño¹⁶³ y en el mismo sentido, el artículo 13 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios señala cuáles son las características esenciales mínimas sobre las que se debe informar¹⁶⁴: origen, naturaleza, composición y finalidad del bien o servicio que se oferta, aditivos autorizados que en su caso lleven incorporados; la calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen; el precio completo o presupuesto acompañado de las condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso; la fecha de producción o suministro y fecha de caducidad; las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles; y en el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúase después de la entrada en vigor de la Ley, se facilitará al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que

¹⁶¹ Véase el artículo 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁶² DOMINGUEZ LUELMO, A.: "Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico", en Revista Critica de derecho inmobiliario, n° 660, 2000, p.2364 y ss.

¹⁶³ Véase el apartado 3.2.2. referido a la publicidad engañosa

¹⁶⁴ Recuérdese lo que ya se ha comentado a este respecto en el apartado: 2.3. Diferencias entre publicidad comercial y oferta. Publicidad comercial y deber de información.

se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción.

Por otra parte, existen varias disposiciones concretas que imponen a los empresarios el deber de suministrar cierta información cuando emiten publicidad en determinados medios o sobre determinados bienes, productos o servicios. Entre los medios que tienen una regulación especial destaca Internet.

La regulación del deber de información en el comercio electrónico se realiza hoy en varias normas distinguiéndose tres bloques normativos:

- Normas generales: Código civil, Código de comercio, Ley general de publicidad, Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Normas específicas por el tipo de bien, producto o servicio que se ofrece, pudiéndose citar a modo de ejemplo: Ley de viajes combinados¹⁶⁵, Ley de crédito al consumo¹⁶⁶ o Real Decreto sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas¹⁶⁷.
- Normas específicas por el tipo de medio en el que se realiza el intercambio de información e incluso el contrato de compraventa: Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹⁶⁸ y Ley de ordenación del comercio minorista¹⁶⁹.

Por las características propias de este trabajo nos detendremos en el tercer bloque de normas citadas:

¹⁶⁵ Véanse los artículos 3 y 4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, c.

¹⁶⁶ Véanse los artículos 16 y 17 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, BOE número 72, de 25 de marzo.

¹⁶⁷ Véase el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, c.

¹⁶⁸ Véase el artículo 10 y 27 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, c.

¹⁶⁹ Véanse los artículos 39 y 40 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, BOE número 15, de 17 de enero. Modificada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, BOE número 304, de 20 de diciembre de 2002

La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico hace referencia al deber de información en dos preceptos, en el artículo 10 y en el artículo 27.

En el artículo 10 se trata un deber de información general que tiene todo prestador de servicios de la sociedad de la información independientemente de que realicen actividades de comercio electrónico. Esta obligación se basa en la publicidad de determinados datos a los que puedan acceder por medios electrónicos tanto los destinatarios de los servicios como los órganos competentes para realizar restricciones a la prestación de servicios. Estos datos tienen principalmente una función de identificación del prestador de servicios de la sociedad de información, aunque llama la atención los apartados f) y g) que parecen específicos para actividades de comercio electrónico: el apartado f) precisa la obligación de informar de manera clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío y el apartado g) señala la obligación de informar sobre los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente. A nuestro entender estos apartados no deberían incluirse en el artículo 10, sino que dada su especialidad vinculada al comercio electrónico deberían de incluirse en el artículo 27, referido a las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación electrónica.

En el artículo 27 se establece un deber de información previo al inicio de la contratación en dos sentidos:

- Información técnica: Dada la especialidad que tiene la contratación mediante la red, el legislador establece como medida de garantía para el consumidor; la obligación del prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica de informar al consumidor de manera clara, comprensible e inequívoca sobre:
 - a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
 - b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formaliza el contrato y si éste va a ser accesible.
 - c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos, y
 - d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

El prestador de servicios queda liberado de esta obligación si el contrato no se realiza con consumidores o si aún celebrándose con consumidores se ha llevado a cabo mediante el intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

- Información de contenido: En un interés por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet¹⁷⁰, se establece que con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a las que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que estas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

Además de la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico resulta aplicable en relación con el tema tratado el capítulo II del Título III de la Ley de ordenación del comercio minorista. Esta Ley regula la actividad consistente en la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismo, utilizando o no un establecimiento y de un modo especial las ventas a distancia¹⁷¹, entendiéndose por tales aquéllas que se realizan sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor¹⁷².

¹⁷⁰ Véase la exposición de motivos punto III de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y comercio electrónico, c.

¹⁷¹ Véase el artículo 1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

¹⁷² Véase el artículo 38 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, de ordenación del comercio minorista, de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, c.

Conforme con el artículo 39 y 40 de la Ley de ordenación del comercio minorista, la propuesta u oferta comercial que se realice a distancia deberá contener como mínimo la siguiente información¹⁷³:

- a) El carácter de propuesta comercial.
- b) La identidad del vendedor y su dirección.
- c) Las características esenciales del producto.
- d) El precio, incluidos todos los impuestos y los gastos de entrega y transporte, en su caso¹⁷⁴.
- e) La forma de pago y modalidades de entrega y ejecución.
- f) La existencia o no del derecho de desistimiento o resolución.
- g) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- h) El plazo de validez de la oferta y del precio.

En relación con este aspecto la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico precisa que si el oferente no fija el plazo de duración de la oferta, ésta durará todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio¹⁷⁵.

- i) La duración mínima del contrato, si procede.
- j) Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalente, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiere prever esta posibilidad.
- k) En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos¹⁷⁶.

¹⁷³ Véase el artículo 39 y 40 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, c.

¹⁷⁴ Obligación que se repite en el artículo 10.f) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, c.

¹⁷⁵ Véase el artículo 27.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, c.

¹⁷⁶ El artículo 10 g) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, recuerda la importancia de la resolución

Como podemos comprobar el deber de información no es una obligación a cumplir en la publicidad sino un complemento a la misma que se realiza posteriormente a la misma y cuya finalidad es la de evitar el consentimiento erróneo por parte del consumidor que se ve directamente afectado por la publicidad.

3.3.3.4. Cesación y rectificación de la publicidad ilícita.

La cesación y la rectificación de la publicidad ilícita son medidas de garantía a la defensa de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, y de acuerdo con Santaella López son las únicas soluciones ante la publicidad ilícita en la Ley general de publicidad¹⁷⁷. Mediante la cesación se pretende eliminar una determinada actividad publicitaria y a través de la rectificación se pretende modificar una determinada actividad publicitaria en aquellos aspectos concretos de carácter ilícito.

La regulación de estas medidas de protección se realiza actualmente a través de un bloque normativo constituido por la Ley general de publicidad, la Ley de enjuiciamiento civil¹⁷⁸ y la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La Ley general de publicidad recoge aspectos específicos de la cesación y de la rectificación de la publicidad independientemente del medio en el que se realice¹⁷⁹, la Ley de enjuiciamiento civil regula el procedimiento judicial de la cesación y rectificación¹⁸⁰ y la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico recoge la acción de cesación como medida de defensa de los consumidores respecto de las conductas contrarias a dicha Ley, y por tanto en lo que a nosotros nos

extrajudicial de conflictos obligando a informar sobre los códigos de conducta a los que, en su caso esté adherido el prestador de servicios.

¹⁷⁷ SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", o.c., p.123.

¹⁷⁸ Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, BOE número 7 de 8 de enero de 2000, modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, en el artículo primero.

¹⁷⁹ Artículos 25-29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, en el artículo décimo.

¹⁸⁰ Artículo 249.1.4. de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, c.

afecta como medida específica de defensa frente a las comunicaciones electrónicas no solicitadas¹⁸¹.

Al tratar la cesación y la rectificación conviene diferenciar, del mismo modo que lo hace la Ley general de publicidad, entre la solicitud de cesación y rectificación, y la acción de cesación y rectificación.

La solicitud de cesación y rectificación es un procedimiento extrajudicial que puede derivar en una acción judicial. Su regulación se lleva a cabo en la propia Ley general de publicidad en la que se abre la vía del procedimiento judicial si el anunciante no responde o se niega a atender las expectativas del solicitante de la cesación o rectificación.

Conforme con la Ley general de publicidad la solicitud de cesación y la de rectificación, en su caso, es un escrito dirigido al anunciante en el que se solicita la cesación del acto publicitario o la rectificación del mismo. La solicitud debe estar realizada en forma que permita tener constancia fehaciente de su fecha, recepción y contenido. En lo que se refiere a la determinación de la legitimación activa, la Ley general de la publicidad divide a los sujetos en dos categorías¹⁸²:

- a) La de aquéllos que por su naturaleza propia se hallan legitimados genéricamente:
- El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
 - Las asociaciones de consumidores y usuarios
 - Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitados mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

¹⁸¹ Artículo 30 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, c.

¹⁸² VIDAL PORTABALES, J.I.: "Incidencia de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil en la Ley general de publicidad de 11 de noviembre de 1988", en Revista de autocontrol de la publicidad, número 46, 2000.

- b) La de los sujetos legitimados con carácter específico respecto de una concreta y determinada publicidad:
- Las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas.

Como hemos precisado anteriormente la solicitud da paso a la acción judicial si el anunciante no responde o se niega a atender las expectativas del solicitante. El plazo del que dispone el anunciante para responder antes de que se pueda abrir la vía judicial es de quince días desde la recepción de la solicitud, en el caso de que pretenda la cesación y de tres días si lo que se pretende es la rectificación.

El demandante precisa de la previa justificación de haber realizado la solicitud de cesación o rectificación, en su caso, para que pueda iniciarse la acción judicial. Aunque este requisito mantiene una excepción, pudiéndose ejercitar la acción de cesación contra la publicidad ilícita que lesione los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios sin necesidad de cumplir con el requisito de la previa justificación¹⁸³.

Nos llama la atención esta diferencia entre la acción de cesación y la acción de rectificación. Pero las diferencias de ambas acciones no se agotan aquí y los sujetos legitimados activamente varían según se pretenda la cesación o la rectificación en vía judicial. Las diferencias provienen de la regulación especial de la acción de cesación publicitaria en la Ley general de publicidad tras la modificación por la Ley 39/2002. De acuerdo con esto la legitimación activa en la acción de cesación se determina en la Ley general de publicidad, mientras que en la acción de rectificación se atiende a la Ley de enjuiciamiento civil:

- a) si se pretende obtener una sentencia que condene al demandado a la cesación los sujetos legitimados son:
- Los titulares de un derecho o interés legítimo
 - El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las

¹⁸³ Véase la concordancia entre el artículo 29 y 26 de la Ley general de publicidad, modificada por la Ley 39/2002, c.

corporaciones locales competentes en materia de los consumidores.

- Las asociaciones de consumidores y usuarios.
 - El Ministerio fiscal.
 - Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.
- b) si se pretende obtener una sentencia que condene al demandado a la rectificación los sujetos legitimados son:
- Las personas que tengan un derecho o interés legítimo¹⁸⁴.
 - Las asociaciones de consumidores y usuarios¹⁸⁵.
 - Las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos¹⁸⁶.

En lo referido al procedimiento propiamente dicho, tanto la acción de cesación como de rectificación seguirán la vía del juicio ordinario a no ser que versen exclusivamente sobre reclamación de cantidad en cuyo caso se tramitará por el procedimiento que corresponda en función de la cuantía¹⁸⁷.

A todo lo dicho debemos añadir las novedades que incluye la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico a la acción de cesación (la única que reconoce como medida judicial de protección al consumidor):

- Se amplían los motivos por los que se puede iniciar la acción de cesación:

La Ley general de publicidad establece que esta acción solo puede ejercitarse ante supuestos de publicidad ilícita y la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico

¹⁸⁴ Artículo 10 de la Ley de enjuiciamiento civil.

¹⁸⁵ Artículo 11.1 y 11.3 de la Ley de enjuiciamiento civil.

¹⁸⁶ Artículo 11.2. de la Ley de enjuiciamiento civil.

¹⁸⁷ Artículo 249.1.4º de la Ley de enjuiciamiento civil.

amplía la causa a cualquier acto contrario a la Ley que lesione los intereses colectivos o difusos de los consumidores, por lo que se incluye la posibilidad de ejercitar esta acción frente a quien realice el envío de comunicaciones electrónicas a destinatarios que no hayan autorizado o solicitado expresamente su remisión.

- Se amplía la legitimación pasiva

La Ley general de publicidad se refiere expresamente al anunciante como sujeto al que se dirige la solicitud de cesación y por consiguiente la correspondiente acción, si es necesario. Sin embargo, de acuerdo con la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico entendemos que cabría exigir el cese de la publicidad ilícita en Internet al anunciante y al prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos¹⁸⁸, y ello en base al artículo 16 de la Ley en el que se dice expresamente que el prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos no es responsable de la información almacenada, salvo que tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y no actúa con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos, entendiéndose que hay conocimiento efectivo tanto si:

- un órgano competente ha declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismo, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, como si
- proviene de un procedimiento establecido en virtud de acuerdos voluntario entre las partes u otros medios efectivos que pudieran establecerse.

¹⁸⁸ El prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos es aquella persona física o jurídica que albergan los datos proporcionados por el destinatario del servicio, que en este caso sería el anunciante.[véase a CLEMENTE MEORO, M.E.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la

3.3.3.5. *La integración de la publicidad en los contratos.*

Como observamos en su momento la publicidad tiene un papel fundamental en la formación del consentimiento del consumidor, consentimiento que en ningún caso puede tener una base errónea, por este motivo se establecen medidas de protección como: la identificación del mensaje publicitario, el deber de información previo o la cesación y rectificación de la publicidad, a las que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, estas medidas no remedian, utilizando la expresión de Corrales García, “la frustración que el consumidor siente tras comprobar que una vez que ha elegido y ha contratado el producto anunciado, su calidad no se corresponde con la que cabría esperar en virtud del contenido del mensaje publicitario que influyó en su decisión de contratar ése y no otro bien o servicio”¹⁸⁹. Ante esta situación los tribunales de la jurisdicción civil están en la obligación de determinar cuáles son las legítimas expectativas del consumidor que no se han visto satisfechas.

El artículo 8 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios¹⁹⁰ dice expresamente que el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores aún cuando no figure expresamente en el contrato celebrado salvo que las cláusulas existentes en el mismo sean más beneficiosas al consumidor, lo que supone la principal referencia legislativa que permite hablar de los efectos contractuales de la publicidad. Aunque con anterioridad a este “favor legis” al consumidor que se da en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la jurisprudencia ya se manifestó en un sentido muy similar con base en los fundamentos que se encuentran en el Código Civil tales como la buena fe y la interpretación de los contratos conforme a la voluntad real de los contratantes. Por lo que

información”, en prensa, ponencias de las jornadas de Las Palmas de Gran Canaria, en prensa.]

¹⁸⁹ CORRALES GARCÍA, E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, Actualidad civil, la Ley, número 38, 2000, p.1401.

¹⁹⁰ Modificado por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, BOE número 165, de 11 de julio de 2003.

¿podríamos afirmar que el artículo 8 no añade nada nuevo al derecho de los consumidores?. Es aquí donde se encuentra principalmente el problema:

- Si aplicamos estrictamente el artículo 8 interpretado literalmente estamos ante una situación de protección total al consumidor que podría exigir el cumplimiento de lo anunciado en todo caso aún cuando expresamente hubiese pactado otras condiciones en el contrato¹⁹¹.

- Si aplicamos el artículo 8 conforme al resto del ordenamiento jurídico, debemos de tener en cuenta que el principio de buena fe y la libertad contractual son fundamentales en el derecho contractual español, por lo cual el consumidor podrá exigir el cumplimiento de la publicidad siempre que voluntariamente no haya pactado otras condiciones, salvo que el contrato no esté unilateralmente predispuesto por el vendedor¹⁹².

Nosotros creemos que la segunda interpretación del artículo 8 es la correcta, de acuerdo con la cual el artículo 8 no añade nada nuevo, pues como señala Pasquau Liaño si el consumidor puede exigir lo prometido en la publicidad, aunque en el contrato no se haga referencia alguna a ello, será porque pueda calificarse como razonable confiar, en cada caso concreto, que esos contenidos publicitarios estaban perfilando el contenido y características del contrato¹⁹³, y ello porque la aplicación en cualquier otro sentido supone un

¹⁹¹ Corrales García dice textualmente en este sentido que “en los casos donde haya existido una negociación entre empresario anunciante y consumidor y el contenido final del contrato sea finalmente menos favorable para el consumidor que lo anunciado en la publicidad, ésta es un mínimo innegociable, por lo que siempre podrá ser exigida, ya que el precepto en su globalidad instauro una cortapisa a la libertad para negociar beneficiosa para los consumidores.[CORRALES GARCÍA,E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, o.c., p.1407].

¹⁹² DÍEZ PICAZO, L.: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato”, o.c., p.304.

¹⁹³ PASQUAU LIAÑO, M.: “La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del

choque frontal con los principios jurídicos del derecho e implica una falsa protección del consumidor que quedaría exclusivamente fundamentada en un favor del legislador, establecido como sanción civil a la publicidad engañosa. Además, si la base del artículo 8 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios es la protección del consumidor, entendemos que para que pueda operar debe ser necesaria la protección y ¿cuándo es necesaria la protección?: cuando las expectativas del consumidor basadas en la publicidad y que daban contenido al contrato no se han visto satisfechas. De modo que si el consumidor ha sido debida y completamente informado no cabe la posibilidad de que pueda tener unas expectativas frustradas, aunque tendrá que demostrarlo el vendedor.

En este sentido se manifiesta también el derecho comunitario, resaltando la Directiva 99/44/CE de 25 de mayo sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo¹⁹⁴ que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo. De acuerdo con esta Ley el consumidor tiene derecho a un bien que sea conforme con el contrato de compraventa¹⁹⁵, y esta conformidad se determinará en función de la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechos por el vendedor o su representante, en particular la publicidad o el etiquetado. No quedando obligado el vendedor si demuestra que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo¹⁹⁶.

Debemos precisar que la Ley 23/2003 tiene un ámbito de aplicación concreto referido a bienes muebles corporales destinados al consumo privado y contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de producirse o fabricarse. Quedando excluido expresamente los bienes adquiridos mediante

artículo 8 de la Ley de consumidores y usuarios”, en Revista de autocontrol publicitario, número 56, 2001, p.24.

¹⁹⁴ DOCE número L171, de 7 de junio de 1999.

¹⁹⁵ Véase el artículo 1 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.

¹⁹⁶ Véase el artículo 3 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.

venta judicial, los bienes de segunda mano adquiridos por subasta administrativa a la que los consumidores pueden asistir personalmente, la electricidad, y el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas¹⁹⁷. Por lo cual no podemos realizar una aplicación de los preceptos de la misma en sentido genérico. Sin embargo, esto no es óbice para que dicha Ley sirva junto con el resto del ordenamiento jurídico, de fundamento a la interpretación mantenida respecto al artículo 8 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo valor práctico tras la entrada en vigor de la citada Ley estaría limitado a aquellos supuestos que no quedan acogidos por el ámbito material de la misma.

3.3.3.6. El autocontrol como sistema de protección en Internet.

Internet es un medio de transmisión de información, de contenidos a nivel mundial y además un espacio para la realización de transacciones comerciales. La existencia de estos dos planos en Internet es lo que a nuestro entender dificulta la decisión sobre si Internet debe de regularse en su totalidad, no debe regularse o si debe regularse parcialmente.

Si Internet lo concebimos única y exclusivamente como un medio de información, la libertad de expresión debe primar sobre la regulación exhaustiva de los Estados¹⁹⁸, lo cual tiene su base jurídica en el reconocimiento a la libertad de expresión como derecho fundamental tanto a nivel nacional como internacional¹⁹⁹, y si lo concebimos única y exclusivamente como un espacio para la comercialización la necesidad de establecer medidas

¹⁹⁷ Véase el artículo 1y 2 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.

¹⁹⁸ Opinión que en ningún caso resulta contraria a las limitaciones propias de estas libertades que excluyen las actuaciones ilícitas a través de la red. Véase a LAGUNA PAZ, J.C.: "Internet: aspectos de su régimen jurídico público", en Revista española de derecho administrativo, número 113, Civitas, 2002, p. 15.

¹⁹⁹ Véase el artículo 20 de la Constitución española, el artículo 10 del Convenio europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948.

de seguridad es innegable al igual que la necesidad de armonizar las diferentes normas de derecho privado a nivel Internacional. Por este motivo debemos entender que Internet es un espacio en el convergen dos realidades y que si nos centramos con carácter general solo en una de ellas el resultado puede ser totalmente negativo. Además la existencia de Internet supone sin duda una revolución tecnológica que afecta a los modelos sociales que hasta ahora conocíamos, sin embargo los problemas jurídicos que se plantean en la red no son nuevos (conflicto entre derechos fundamentales, defensa del consumidor, protección del menor ante contenidos audiovisuales...), por ello opinamos que no es necesario crear un derecho especializado "ex novo" sino acordar las adaptaciones necesarias del derecho existente tanto a nivel nacional como internacional y en relación con aquéllos aspectos que sean realmente nuevos establecer la regulación necesaria²⁰⁰ (como ejemplo, la responsabilidad de los nuevos sujetos que forman parte de las relaciones jurídicas entre las partes: operadores y proveedores de redes, prestadores de servicios, proveedores de contenidos) de manera que se mantenga lo que se conoce como "neutralidad tecnológica", es decir intervenir a partir de la relativa consolidación de una tecnología y regularla de forma tan abstracta que la norma alcance la futura y todavía imprevisible evolución técnica²⁰¹.

Desde esta perspectiva queremos centrar la autorregulación de la publicidad como medida que debe utilizarse para realizar las adaptaciones con carácter internacional y que permite afrontar los problemas jurídicos que se presenten de manera responsable por parte de los sujetos partes en el conflicto²⁰², sin que eso suponga una separación de la legalidad ni de las medidas judiciales clásicas que podrán aplicarse en todo caso.

²⁰⁰ LAGUNA PAZ, J.C.: "Internet: aspectos de su régimen jurídico público", o.c., p. 9. MUÑOZ MACHADO, S.: "La regulación de la red. Poder y derecho en Internet", Taurus, Madrid, p.39-42.

²⁰¹ CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Los contratos electrónicos: problemas de derecho civil relativos a su conclusión", en Ponencia de las Jornadas de las Palmas de Gran Canaria, 2003.

²⁰² DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Derecho privado de Internet", o.c., p.78. VÁZQUEZ, F.: "Internet y autorregulación ético profesional", en Cuadernos de información y comunicación, número 6, Madrid, 2001, p.222.

Además de un modo específico hay que precisar que la autorregulación de la publicidad no es una novedad que se presente en Internet sino que tiene una larga tradición en base al derecho fundamental de la libertad de expresión²⁰³.

El reconocimiento legal de la autorregulación publicitaria en España se remonta a 1964 con el Estatuto General de la Publicidad, mediante el cual se creó el Jurado de la Publicidad, institución a la que los interesados podían someter sus diferencias antes de acudir a la vía jurisdiccional. Aunque ha sido en los últimos años cuando ha aumentado el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria tanto por el legislador comunitario como español:

- a) En el derecho comunitario la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa modificada por la Directiva 97/55/CE a fin de incluir en la misma la regulación de la publicidad comparativa, señala que los Estados miembros podrán fomentar el control voluntario de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa por organismos autónomos independientemente de los procedimientos judiciales o administrativos²⁰⁴. A su vez la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, precisa que los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración de códigos de conducta sin que ello vaya en perjuicio del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos²⁰⁵.

²⁰³ Respecto a los orígenes del autocontrol véase BELL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L. y COUSIDO GONZÁLES, M. P.: "Derecho de la información I. Sujetos y medios", o.c., p.297, y a RAMOS, F.: "Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria", en ZER, número 11, 2001, www.ehu.es/zer/zer11web/framos.htm.

²⁰⁴ Véase el artículo 5 de la Directiva 97/55/CE, c.

²⁰⁵ Véase los considerandos 32 y 49 y el artículo 16.1.a), 16.2 y 17 de la Directiva 2000/31/CE, c.

- b) En el derecho interno español la autorregulación publicitaria ha sido reconocida como un instrumento útil de ordenación del mercado y resolución de conflictos. La Ley general de publicidad acepta el control voluntario de la publicidad realizado por órganos de autodisciplina, declarándolo compatible con el ejercicio de acciones civiles, penales, administrativas o de otra índole ²⁰⁶ y la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico precisa en un sentido similar a la directrices europeas, la necesidad de fomentar la autorregulación sin que esto suponga impedimento para la resolución de conflictos mediante procedimiento judicial²⁰⁷.

Por todo esto entendemos que aunque quizás desde un punto de vista general la autorregulación de Internet no es aceptada por toda la doctrina, concretamente en el ámbito publicitario no hay motivo para rechazarla, pues además de lograrse una protección de los consumidores de un modo responsable sin afectarse con ello a la libertad de expresión directamente vinculada con la publicidad, lleva funcionando durante mucho tiempo. Incluso, las resoluciones de los jurados de autocontrol están creando, como ha señalado el profesor Fernando Ramos²⁰⁸, un cuerpo de doctrina deontológica que, sin ser jurisprudencia, son estimadas y estudiadas por los órganos jurisdiccionales al construir el fundamento de sus fallos²⁰⁹.

3.3.3.6.1. Los Códigos de conducta .

²⁰⁶ Véase la exposición de motivos y el artículo 32 de la Ley general de publicidad, c.

²⁰⁷ Véase la exposición de motivos, el artículo 18, 32 y la Disposición final octava de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, c.

²⁰⁸ RAMOS, F.: "Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria", o.c.

²⁰⁹ Véanse: la Sentencia 2001 del juzgado de primera instancia número 5 de Madrid de 9 de mayo, comentada en la Revista de autocontrol de la publicidad número 55, Madrid, 2001 y la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 5 de diciembre de 2001, comentada en la Revista de autocontrol de la publicidad, número 61, Madrid, 2003, p.1-2.

Los códigos de conducta son el medio a través del cual se materializa la autorregulación y que contiene las directrices que deben seguir todos aquellos que se adhieren al mismo.

La Ley de servicios de la sociedad de la información promueve la elaboración de Códigos de conducta, al considerar que son un instrumento especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector dado el carácter global que tiene Internet. Los códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información²¹⁰.

3.3.3.6.2. Medidas específicas recogidas en el Código ético de publicidad interactiva y comercio por Internet.

De los distintos códigos de conducta existentes²¹¹ nosotros nos vamos a centrar en el Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva²¹² por ser el código específico que más vinculación tiene con nuestra exposición.

El Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva aprobado en el 2002 es el resultado de la adaptación de dos códigos anteriores: el "Código de protección de datos de Internet" y el "Código ético de publicidad en Internet", a los nuevos avances y a los preceptos de la Directiva

²¹⁰ Véase a PLAZA PENADES, J.: "Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico", en ORDUÑA MORENO, F.J.: "Contratación y comercio electrónico", o.c., p.44

²¹¹ Entre otros: Código de Conducta publicitaria de Autocontrol, Código ético de publicidad en cine, Código deontológico para la publicidad Infantil, Código general de conducta publicitaria de las instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones asociados a INVERCO, ICC International Code of Adversating Practice, en <http://www.aap.es>

²¹² Este Código ha sido sometido a la consulta de la Agencia de Protección de Datos, el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Instituto Nacional de Consumo. Asimismo está inscrito en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia de Protección de Datos, con el nº CT/0004/2002.

de comercio electrónico y a la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico²¹³.

Entre las distintas normas que recoge trata especialmente la publicidad estableciendo medidas de protección al consumidor:

a) El deber de identificación del mensaje publicitario.

No es una medida de protección nueva, como dijimos se recoge en la Ley general de publicidad y en la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, por lo que nos remitimos a lo que ya hemos comentado, aunque hay que precisar que a nuestro entender la redacción que se realiza en el Código es más completa que la que se recoge en la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

El Código, al igual que la Ley, exige que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica sean claramente identificables como tales e indiquen la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. Sin embargo, añade de modo específico que el anunciante deberá indicar a sus destinatarios, de forma clara, directa y fácilmente accesible, su nombre, denominación social, su domicilio a efectos legales así como su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva²¹⁴. De este modo se amplía el deber de información del prestador de servicios reconocido en la Ley al anunciante.

b) La prohibición de correo electrónico no solicitado.

²¹³ Preámbulo del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva, en <http://www.aap.es>

²¹⁴ Artículos 4, 5 y 9.4 del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva.

El Código mantiene las directrices que se establecían en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio²¹⁵. Mantiene el sistema general de solicitud expresa para recibir comunicaciones comerciales por vía electrónica. Entendiéndose que se ha concedido la autorización cuando al tiempo de recabar los datos, se haya informado debidamente al destinatario sobre la posibilidad del envío publicitario y éste haya otorgado su consentimiento.

En este aspecto debemos recordar que la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, no matiza cuando se ha concedido la autorización expresa, entendemos que por no creer que sea necesario. También hay que retomar que tras la modificación realizada por la Ley general de telecomunicaciones se mantiene un sistema de autorización expresa similar al del Código, aunque establece una excepción cuando exista una relación contractual previa, por lo que entendemos que en este supuesto la Ley es más específica y menos protectora que el Código.

c) El deber de información previo.

El Código atendiendo a la vinculación entre publicidad y oferta que se ve acentuada en Internet establece como medidas de protección al consumidor frente a la publicidad; la obligación por parte del anunciante de informar del coste o precio de acceder a un servicio o mensaje cuando aquél sea mayor que el de las tarifas básicas de telecomunicación, obliga a la identificación de la oferta de modo que el que las recibe pueda reconocerlas y a su vez obliga a que si en la publicidad se realiza una oferta directa de contratación, se deberá proporcionar al destinatario una información clara, completa y precisa sobre el contenido y el alcance de aquella²¹⁶.

Además, en el mismo sentido que el artículo 27.4 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico el

²¹⁵ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, c.

²¹⁶ Artículo 6 del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva.

oferente deberá facilitar al consumidor el acceso a las condiciones generales de contratación aplicables a cada caso, para que las pueda consultar, archivar e imprimir. Asimismo se deberá informar sobre:

- a) Precio de compra completo, con referencia a los impuestos aplicables e incluidos, así como la moneda, la modalidad de pago, el franqueo y los portes.
- b) Plazo de validez de la oferta, si se tratase de una oferta promocional.
- c) Términos, condiciones y formas de pago.
- d) Las diferentes formas de entrega o ejecución que puedan existir de los productos o servicios contratados.
- e) Características de los bienes o servicios y, en su caso, las condiciones necesarias para su utilización.
- f) Existencia o inexistencia de costes adicionales.
- g) Condiciones para el ejercicio del derecho de desistimiento y devolución.
- h) Garantías aplicables a la adquisición del producto o servicio.
- i) Lugar y forma de presentación de posibles reclamaciones.
- j) Domicilio del oferente a efectos legales.

Contenido mínimo de información al que se refiere igualmente la Ley de ordenación del comercio minorista, aplicable al comercio electrónico como ya comentamos, por lo que no podemos considerar en este sentido que exista novedad alguna .

d) La prohibición de impedir la libre y normal navegación del usuario en Internet.

Supone una novedad con la que se pretende evitar la dificultad en la navegación por Internet como consecuencia de la publicidad excesiva.

El Código establece que la publicidad no podrá impedir la libre o normal navegación del usuario en Internet²¹⁷, y establece como medida preventiva que los mensajes publicitarios que reciba el

²¹⁷ Artículo 11 del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva.

usuario durante su navegación por una página web deberán permitirle en todo momento salir del mensaje publicitario o eliminarlo de su pantalla, volviendo a la página de origen desde la que el usuario accedió al mensaje publicitario.

Directamente relacionado con la normal navegación del usuario se establece que no podrán utilizarse los grupos de noticias, tablón de anuncios o foros o charlas para enviar publicidad en línea, salvo que, en este último caso, previamente se haya obtenido el consentimiento del moderador del punto de encuentro o, en su defecto del proveedor del servicio, o se ajuste a las reglas de admisión de publicidad establecidas para ese grupo, foro, charla o similar. Excluyéndose de la prohibición los foros o charlas de naturaleza publicitaria.

Estas medidas no quedan sólo en una declaración de principios sino que este reconocimiento abre la posibilidad de que en el caso de que la publicidad sea realmente molesta pueda presentarse una queja o reclamación ante los órganos de control de cumplimiento del dicho código.

El control del cumplimiento de las normas del presente Código corresponderá a dos órganos extrajudiciales. De un lado, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol, que se encargará de resolver las eventuales controversias relacionadas con las comunicaciones comerciales que sean presentadas por infracción de las normas contenidas en el presente Código. De otro, la Junta Arbitral Nacional de Consumo, que, de conformidad con el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, se encargará de resolver las eventuales controversias relacionadas con la contratación electrónica con consumidores que sean presentadas por infracción de las normas contenidas en el Código, y que no hayan podido ser resueltas a través de la mediación de la asociación española de comercio electrónico en un plazo de siete días laborables desde su recepción. Ambos órganos se rigen en su actuación por los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión Europea. El Jurado de la Publicidad actuará de acuerdo con lo dispuesto en sus Reglamento y la

actuación de la Junta Arbitral Nacional de Consumo se regirá por las normas que le resulten de aplicación²¹⁸.

4. Conclusiones.

- 1) La publicidad comercial como mensaje específico se difunde a través de medios de comunicación, entre los que se encuentra Internet. En Internet la publicidad se presenta con un carácter global y adaptada a nuevas técnicas

²¹⁸ Artículo 30 del Código Ético de comercio electrónico y publicidad interactiva, c.

tales como las páginas web, los pop up, los banners, el correo electrónico...

- 2) Las diferencias de Internet con otros medios de difusión publicitaria no se centran sólo en la existencia de nuevas técnicas o espacios publicitarios. La principal novedad de Internet es que no es únicamente un medio para realizar publicidad o difundir información sino también para iniciar relaciones contractuales e incluso perfeccionarlas. Además, en Internet la relación entre emisor y receptor se ve alterada en ocasiones como consecuencia de la interactividad presente en el mismo.
- 3) Estas diferencias con los medios clásicos de publicidad no impiden, sin embargo, que se puedan producirse daños en el consumidor. Las tiendas virtuales, webs de marcas o empresas pueden atentar contra el derecho de los consumidores de igual manera que un anuncio en prensa, radio o televisión. Por ello junto a las medidas clásicas de protección que siguen siendo aplicables a la publicidad en Internet, se exigen por parte de los usuarios nuevas medidas de protección, adaptaciones y control sobre las nuevas técnicas.
- 4) En todo momento debemos tener en cuenta que la publicidad como fenómeno comunicativo complejo, vinculado al derecho a la información y a la libertad de expresión, tiene la finalidad de comunicar a un público indeterminado un mensaje con la intención de que un consumidor busque la oferta, por lo que consecuentemente se produce un repercusión relevante en la formación del consentimiento del consumidor.
- 5) El comercio electrónico forma parte de un cambio importante en la realidad existente a partir del desarrollo de la sociedad de la información. Pero los problemas jurídicos básicos en lo que respecta al derecho de la publicidad se manifiestan ante la posibilidad de la violación de los principios publicitarios (veracidad, legalidad, autenticidad y libre competencia), los derechos fundamentales y lo que esto afecta a los destinatarios del mensaje. Problemas que tienen una respuesta jurídica clara tanto a nivel nacional como internacional, por lo que entendemos que no es necesaria

- una regulación específica y especial de la publicidad en Internet sino la adaptación de las leyes existentes a través de la interpretación de las normas y la regulación legal de aquéllos aspectos del comercio electrónico que sean efectivamente nuevos, atendiendo siempre al principio de neutralidad tecnológica, por lo que consideramos que tiene especial importancia la autorregulación.
- 6) En la práctica la defensa de los consumidores y usuarios frente a la publicidad en el comercio electrónico se establece en primer lugar mediante el establecimiento de la publicidad ilícita en la Ley general de publicidad, dado que lo que es ilegal fuera de la red también lo es dentro de la red. A esto se suman las especialidades recogidas en la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico y medidas específicas con las que se protegen los intereses y derechos de los consumidores.
 - 7) El deber de identificación del mensaje publicitario es una medida de defensa ante el riesgo de que el consumidor resulte engañado. Esta medida abarca el deber de identificación del mensaje como publicitario y del anunciante, con lo que se pretende proteger al consumidor frente a la publicidad encubierta y se le dan los datos necesarios para poder exigir, en su caso, responsabilidades.
 - 8) La prohibición del correo publicitario no solicitado en el comercio electrónico salvo el consentimiento expreso del consumidor, exceptuándose el supuesto en el que se mantiene una relación contractual previa, supone una medida de protección del consumidor superior a la que se realiza si la publicidad se transmite mediante el servicio clásico de correos. Lo que según nuestra opinión se deriva de la posibilidad de que se llegue a inutilizar el correo, impidiéndose el acceso, como consecuencia del envío masivo y, sobre todo, de la repercusión que tiene el comercio electrónico no solicitado en la protección del derecho la intimidad.
 - 9) El deber de información del vendedor previo a la realización del contrato, es un complemento a la información precontractual del consumidor y en

cuanto tal una medida de defensa frente a la posibilidad de que el consumidor resulte engañado. En el comercio electrónico el deber de información se amplía por la necesidad de diferenciar la oferta o contratación y la publicidad y de identificar claramente al anunciante y vendedor.

- 10) La cesación y la rectificación son las medidas procesales de protección a los consumidores frente a la publicidad ilícita, siendo la cesación la medida más adaptada al comercio electrónico. La acción de cesación se puede ejercitar frente a cualquier tipo de publicidad ilícita incluido el envío de comunicaciones electrónicas y exigible frente al anunciante y el prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.
- 11) La publicidad se integra en el contenido del contrato, pudiendo exigirse lo prometido en ella si existía una legítima expectativa del consumidor en atención a la misma.

5. Bibliografía.

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Derecho civil II. Derecho de obligaciones”, vol.I, Bosh, Barcelona, 1997.

- BANDO CASADO, H.C.: “La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios”, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1991, 94 pp.
- BELL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L. y COUSIDO GONZÁLEZ, M.P.: “Derecho de la información I. Sujetos y medios”, Colex, Madrid, 1992, 478 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, A.: “Apuntes de Derecho Mercantil”, Aranzadi, Navarra, 2000, 472 pp.
- BROSETA PONS, M.: “Manual de Derecho Mercantil”, Tecnos, Madrid, 1994, 822 pp.
- CALVO CARAVACA, A.: “Derecho Internacional Privado, volumen II”, Comares, Granada, 2000, 458 pp.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Los contratos electrónicos: problemas de derecho civil relativos a su conclusión”, en Ponencia de las Jornadas de las Palmas de Gran Canaria, 2003.
- CARRETERO LESTÓN, J.L.: “Las fórmulas legales para fomentar el patrocinio y mecenazgo deportivos a nivel estatal: ¿ley deportiva o ley fiscal?”, en prensa.
- CORRALES GARCÍA, E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, Actualidad civil, la Ley, número 38, 2000, p.1399-1417.
- CORREDOIRA Y ALFONSO, L.: “El patrocinio”, Bosh, Barcelona, 1991, 414 pp.
- COUSIDO GÓNZALEZ, M.P.: “Derecho de la comunicación audiovisual y de las telecomunicaciones”, Colex, Madrid, 2001, 320 pp.
- COUSIDO GONZÁLEZ, M.P.: “Derecho de la comunicación en Internet”, Colex, 2001, Madrid, 243 pp.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El negocio jurídico”, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, 550 pp.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Derecho privado de Internet”, civitas, Madrid, 2001, 583 pp.
- DESANTES GUANTER, J.M., BELL MALLEEN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO GONZÁLES, M.P., GARCÍA SANZ, R.M.: “Derecho de la información II. Los mensajes informativos”, Colex, 1994, 190 pp.

- DÍEZ PICAZO, L.: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato”, Civitas, Madrid, 1993, 489 pp.
- DÍEZ PICAZO, L.: “El contrato de esponsorización”, Anuario de Derecho Civil, tomo IV, 1994, p. 5-15
- DOMINGUEZ LUELMO, A.: “ Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico”, en Revista crítica de derecho inmobiliario, número 660, 2000, p.2327-2387.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L.: “Derecho de la información”, Dykinson, Madrid, 2001, 793 pp.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet”, Bosh, Barcelona, 2001, 114 pp.
- FERNÁNDEZ, A., BARNECHEA, E., HARO, J.: “Historia del Arte”, Vicens-Vives , Barcelona, 1996, 568 pp.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUERAL, M.A.: “Comentario al artículo 1262 del C.C. tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Actualidad civil, La Ley, nº10, 2003, p.259-271.
- FRANCISCO MARCOS: “Comentario de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de enero de 2000 sobre publicidad de abogados”. En la Revista Autocontrol de la Publicidad, nº47, 2000.
- GARCÍA INDA, A.: “Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas”, En la Revista de Autocontrol de la Publicidad, nº69, 2002, p.21-30
- GARCÍA VIDAL, A.: “Derecho de marcas e Internet”, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 413 pp.
- GONZÁLEZ MARTÍN, J.A.: “La publicidad desde el consumidor”, Eroski, Elorrio, 1991, 251 pp.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R.: “Otras modalidades de publicidad desleal: la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias”. En la Revista Autocontrol Publicitario, número 63, 2002, p.16-26.
- LAGUNA PAZ, J.C.: “Internet: aspectos de su régimen jurídico público”, en Revista española de derecho administrativo, número 113, Civitas, 2002, p. 9 a17

- LEÓN SAEZ DE YBARRA, J.L.: “Galaxia Internet: tendencias de la publicidad”, en Zer, Revista de estudios de comunicación, n°3, 1997, p.46 a 65.
- Libro Verde sobre la Protección de los consumidores en la Unión Europea, de 11 de junio de 2002, http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm.
- Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado interior, de 23 de mayo de 1996, http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm
- LORCA NAVARRETE, J.F.: “Derechos fundamentales y jurisprudencia”, Pirámide, Madrid, 1995, 222 pp.
- MARTÍN GARCÍA, M.L.: “La publicidad. Su incidencia en la contratación”, Dykinson, Madrid, 2002, 328 pp.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E.M.: “La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación”, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2000, 151 pp.
- MARTINEZ MATESANZ, C.: “Comunicaciones y publicidad comercial en el Proyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico de 8 de febrero de 2002”, en Revista Autocontrol Publicitario, número 65, 2002, p.27 a 30.
- MASSAGUER, J. y PALAU, F.: “El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los consumidores en la Unión Europea”, <http://www.consumo-inc.es/informes/interior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf>.
- MÉNDEZ, R.M. y VILALTA, A.E.: “La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros”, Bosh, Barcelona, 1999, 79 pp.
- MENÉNDEZ MATO, J.C.: “La oferta contractual”, Aranzadi, Pamplona, 1998, 310 pp.
- MIGUEL RODRIGUEZ, J.: “Problemática jurídica de la publicidad en Internet”, la Ley, Madrid, 2001.
- MORENO LUQUE CASARIEGO, C.: “El derecho a la información y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad”, La Ley, n° 2886, 1991.
- MORENO NAVARRETE, M.A.: “Derecho-e. Derecho del Comercio Electrónico”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, 201 pp.

- MUÑOZ MACHADO, S.: “La regulación de la red. Poder y derecho en Internet”, Taurus, Madrid, 281 pp.
- NAVARRO, F.: “Enciclopedia Salvat”, t. 14, Salvat, Barcelona, 1997, 310 pp.
- ORDUÑA MORENO, F.J.: “Contratación y comercio electrónico”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 1236 pp.
- PASQUAU LIAÑO, M.: “La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley de consumidores y usuarios”, en Revista de autocontrol publicitario, número 56, 2001, p.24 a 27
- PERALES ALBERT, A. Y PÉREZ CHICA, A.: “Los menores ante la publicidad”, <http://www.auc.es/docum/menores.pdf>.
- PÉREZ GARCÍA, P.A.: “La información en la contratación privada: entorno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, 361pp.
- RAMOS, F.: “Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria”, en ZER, número 11, 2001, <http://www.ehu.es/zer/zer11web/framos.htm>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: “Diccionario de la RAE”, <http://www.rae.es>, 2001.
- RIBAS ALEJANDRO, J.: “Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet”, Aranzadi, Pamplona, 1999, 294 pp.
- RIBAS ALEJANDRO, J.: “Comercio electrónico en Internet. Guía del consumidor”, Centro europeo del consumidor, San Sebastián, 2001, 135 pp.
- RODRÍGUEZ PARDO, J.: “Derecho de la comunicación”, Laverde, Santiago, 1999, 251 pp.
- SÁNCHEZ GUZMÁN, J.: “Breve historia de la publicidad”, Ciencia, Madrid, 1989, 167 pp.
- SANTAELLA LÓPEZ, M.: “El nuevo derecho de la publicidad”, Civitas, Madrid, 1989, 236 pp.
- SANTAELLA LÓPEZ, M.: “Introducción al derecho de la publicidad”, Civitas, Madrid, 1982, 294 pp.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: “Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión”, Comares, Granada, 1999, 647 pp.

- SZYBOWICZ, A. y MAGISTRALI, S.: “Esponsorización y mecenazgo”, Gestión 2000, 134 pp.
- TATO PLAZA: “Aspectos jurídicos de la publicidad en Internet”, Revista de la Asociación de Autocontrol Publicitario, número 42, 2000.
- TATO PLAZA, A.: “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, en Revista de autocontrol de la publicidad, número 71, Madrid, 2003, p.41-59
- TATO PLAZA, A.: “Aspectos generales del régimen jurídico de las promociones publicitarias”, en Revista de autocontrol de la publicidad, número 60, Madrid, 2002, p.27-34.
- VARIOS: “Nuevo diccionario ilustrado Sopena”, Sopena, Barcelona, 1995.
- VÁZQUEZ, F.: “Internet y autorregulación ético profesional”, en Cuadernos de información y comunicación, número 6, Madrid, 2001, p. 221-227.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “Comercio electrónico, firma electrónica y servidores. Comentario y anexo legislativo de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Dijusa, Madrid, 2002, 940 pp.
- VIDAL PORTABALES, J.I.: “Incidencia de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil en la Ley general de publicidad de 11 de noviembre de 1988”, en Revista de autocontrol de la publicidad, número 46, 2000.
- VICENT CHULIA, F.: “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, Bosh, Barcelona, 1988, 763 pp.
- VICTORIA MAS, J.S.: “Nueva publicidad, comercio electrónico y demás propuestas interactivas”, U.M.A., Málaga, 2001, 244 pp.

6. Normativa

- Declaración Universal de Derechos del Hombre hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948, Textos normativos de Derecho Internacional Público, civitas, Madrid, 1998.
- Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980, BOE número 171, de 19 de julio de 1993.

- Convenio europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE número 243, de 10 de octubre de 1979.
- Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, DOCE L 290/18 de 23 de octubre de 1997.
- Directiva 99/44/CE de 25 de mayo sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo, DOCE número L171, de 7 de junio de 1999.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DOCE L 178/1 de 17 de julio de 2000.

- Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, BOE número 176, de 24 de julio de 1984.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, BOE número 274, de 15 de noviembre de 1988.
- Ley 16/1989, de 17 de julio, BOE número 170, de 18 de julio de 1989, (reformada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre y modificada por la Ley 9/2001, de 4 de junio, BOE número 134, de 5 de junio de 2001).
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE número 10, de 11 de enero de 1991, (modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 16/1989, BOE número 311, de 29 de diciembre de 1999)

- Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, BOE de 31 de octubre de 1992.
- Ley 25/1994 de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, BOE número 166, de 12 de julio de 1994, (modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, BOE número 136, de 8 de junio de 1979).
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, BOE número 72, de 25 de marzo de 1995.
- Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, BOE número 161, de 7 de julio de 1995.
- Ley 5/1995, de 6 de noviembre, reguladora de la publicidad institucional en Andalucía, BOE número 142, de 11 de noviembre de 1995.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, BOE número 15, de 17 de enero. Modificada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, BOE número 304, de 20 de diciembre de 2002.
- Ley de propiedad intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE número 97, de 22 de abril de 1996.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE número 89, de 14 de abril de 1998.
- Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, BOE número 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE número 166, de 12 de julio de 2002.
- Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, BOE número 259, de 29 de octubre de 2002.
- Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad de Valencia, BOE número 87, de 11 de abril de 2003
- Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre publicidad institucional de la Comunidad de Aragón, BOE número 109, de 7 de mayo de 2003.

- Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, BOE número 165, de 11 de julio de 2003.
- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía, BOE número 14, de 16 de enero de 2004.

- Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, BOE número 117, de 17 de mayo de 1989.

- Código ético de publicidad interactiva y comercio por Internet, aprobado el 28 de noviembre de 2002 e inscrito en el Registro General de la Agencia de Protección de Datos con el número CT/0004/2002. Puede leerse en <http://www.aap.es>

7. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Barthold” contra Alemania de 25 de marzo de 1985, publicaciones del Tribunal europeo de derechos humanos, serie A, vol..90.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Groppera Radio AG y otros” contra Suiza, de 28 de marzo de 1990, publicaciones del Tribunal europeo de derechos humanos, serie A, vol. 173.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Mark Itern Verlag Gmbh y Klaus Beermann” contra Alemania, de 20 de noviembre de 1989, publicaciones del Tribunal europeo de derechos humanos, serie A, vol. 165.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Müller y otros” contra Suiza, del 24 de mayo de 1988, publicaciones del Tribunal europeo de derechos humanos, serie A, vol. 133.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994, caso “Casado Coca contra España”, publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, vol. 285, Estrasburgo, 1994.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1998, asunto C210/96.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2001, asunto C112/99

- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de enero de 1989, RTC 1989\15
- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de abril de 1989, RA 1908/88
- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de marzo de 2001, RA 81/2001.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1976, RJ 1976/2753
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977, RJ 1977/121
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1982, RJ 1982/1386
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1988, RJ 1988/7252

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1990, RJ 1990/652.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1995, RJ 1995/735
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, RJ 1996/8260
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999, RJ 1999/272
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002, RJ 2002/9067